Das auf militärischen Befehl begangene Verbrechen

★

Abhandlung

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu Bonn

Vorgelegt

von

Werner Hagen

1937

Hofbuchdruckerei und Verlag J. F. Carthaus, Bonn

Angenommen auf Bericht
der Professoren Dr. Graf zu Dohna
und Geh.-Rat Dr. Thoma.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

INHALTSVERZEICHNIS.

Einleitung 7

I. Das Wesen des Befehls im allgemeinen 8

II. Der verbindliche Befehl als Rechtfertigungsgrund 9

A. Der Begriff der Rechtmäßigkeit im allgemeinen 9

B. Die Rechtmäßigkeit der anbefohlenen Handlung 12

III. Die Verbindlichkeit des militärischen Befehls 14

A. Der rechtmäßige Befehl 14

1. Die verschiedenen Rechtmäßigkeitstheorien 14

2. Eigene Meinung: Grenzen der Rechtmäßigkeit 16

a) Befehl in Dienstsachen 16

b) Rechtmäßigkeit der anbefohlenen Handlung 21

3. Militärische Interessen als Rechtfertigungsgrund . . . 23

B. Der rechtswidrige Befehl 25

1. Die Theorien des „bindenden rechtswidrigen Befehls" und ihre Kritik 25

2. Die Unverbindlichkeit des rechtswidrigen Befehls . . . 54

IV. Die Bedeutung des § 47 MStGB. 58

A. Das Prüfungsrecht des Untergebenen hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Befehls 58

B. Die Rechtsnatur des Strafausschließungsgrundes beim unverbindlichen Befehl (§ 47 Satz 1) 65

1. Die Rechtmäßigkeitstheorie 65

2. Die Theorie des persönlichen Strafausschließungsgrundes . 67

3. Die Schuldlosigkeitstheorie 67

a) Verschiedene Begründungen und ihre Kritik 67

b) § 47 als selbständiger Schuldausschließungsgrund . . 69

C. Die Strafbarkeit des Untergebenen 72

1. Voraussetzungen der Strafbarkeit 72

2. Das Strafmaß 76

V. Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse 81

VI. Vorschlag für eine spätere Fassung der §§ 47, 92 und 115 MStGB. 82

Literaturverzeichnis.

v. Ammon: Der bindende rechtswidrige Befehl. 1926.
Battenberg: Das auf Befehl begangene Verbrechen. 1916.
Bauer: Die rechtlichen Grenzen der Gehorsamspflicht und die Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, in „Annalen des Deutschen Reiches". 1902.
Beling: Grundzüge des Strafrechts. 10. Aufl. 1928.
— Die Lehre vom Verbrechen. 1906.
van Calker: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen insbesondere nach Militärstrafrecht. 1891.
— Strafrecht. 2. Aufl. 1924.
Dietz: Militärstrafrecht. 1916.
Graf zu Dohna: Recht und Irrtum. 1925.
— Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. 1905.
— Der Subjektivismus in der Lehre von der Rechtswidrigkeit. Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform. Bd. 25 (1934) S. 177 ff.
— Der Aufbau der Verbrechenslehre. 1936.
— Das Strafprozeßrecht. 3. Aufl. 1929.
Elsner v. Gronow-Sohl: Militärstrafrecht für Heer und Marine des Deutschen Reiches. 1906.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
— des Reichsmilitärgerichts.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. 1931.
Fuhse: Militärstrafgesetzbuch. 2. Aufl. 1926.
Girginoff: Der bindende Befehl im Strafrecht. 1904.
Herz-Ernst: Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1908.
Frhr. Hold von Ferneck: Die Rechtswidrigkeit. Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts. Band I. 1903.
W. Jellinek: Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1931.
Keil: Zur Auslegung der Ziffer 2 des § 47 Militärstrafgesetzbuch, in „Archiv für Militärrecht" Bd. 5, 1. Heft.
Kiewitz: Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten in seiner Bedeutung für den Staatsbeamten und für den Soldaten. 1916.
v. Koppmann-Weigel: Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch. 3. Aufl. 1903.
v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 14./15. Aufl. 1905.
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927.
Hellmuth Mayer: Der bindende Befehl im Strafrecht, in „Festgabe für Reinhard v. Frank". Band I. 1930.
— Das Strafrecht des Deutschen Volkes. 1936.

M. E. Mayer: Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1923.
— Deutsches Militärstrafrecht. 1907.
— Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, in „Festschrift Paul Laband gewidmet von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg". 1908.
Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1924.
Merkel: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889.
Mezger: Strafrecht. 2. Aufl. 1933.
v. Nostitz-Wallwitz: Das militärische Delikt des Ungehorsams. 1905.
Rissom: Der rechtswidrige Befehl, in „Militärrechtliche Studien. Festschrift zum 1. Oktober 1910."
Romen-Rissom: Militärstrafgesetzbuch. 3. Aufl. 1918.
Rotermund: Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1911.
Schlayer: Militärstrafrecht. 1904.
Eberhard Schmidt: Militärstrafrecht. 1936.
Schwinge: Militärstrafgesetzbuch. 1936.
Thielke: Gehorsam und Schuld des Staatsbeamten und des Soldaten bei gesetzwidrigen Befehlen des Vorgesetzten. 1911.

EINLEITUNG.

Zwei miteinander kollidierende Interessen bilden anscheinend den Gegenstand unserer Untersuchung: Der Schutz der strafrechtlich geschützten Interessen einerseits und der soldatischen Disziplin andererseits. Unter diesem Gesichtspunkt haben viele — selbst namhafte — Autoren dieses Thema bereits behandelt. Indem man von der Straflosigkeit des Untergebenen gemäß § 47 MStGB. ausging und den Grund dieser Straflosigkeit in seiner Gehorsamspflicht erblickte, nahm man das äußerst widerspruchsvolle Gebilde des „bindenden rechtswidrigen Befehls" als gegeben hin und versuchte durch komplizierte Konstruktionen diesen Widerspruch entweder zu lösen oder ihn gar zu rechtfertigen. Bezeichnend sind in diesem Zusammenhang die Schlußworte von Ammons: [1]) „Wie im Staatsunrecht überhaupt, so kommt auch im bindenden rechtswidrigen Befehl die Unvollkommenheit irdischer Verhältnisse zum sinnfälligen Ausdruck. Im Idealstaat wäre für ihn kein Raum. Solange es aber Staaten gibt, solange werden diese keine Idealstaaten sein und solange verdient in der Rechtsordnung auch einen Platz der bindende rechtswidrige Befehl." Allerdings ein wenig erfreuliches Resultat! Mit der Widerspruchslosigkeit unserer Rechtsordnung ist es nur schwer vereinbar.

Nur einige wenige Autoren haben dargetan, daß ein solcher Widerspruch nicht besteht. Allein es fehlte nicht an Gegnern, die sogleich den Versuch unternahmen, diese Konstruktionen als nicht stichhaltig hinzustellen. Diese Versuche zu entkräften, und an Hand eines erneuten Aufbaues nachzuweisen, daß unser geltendes Militärrecht einen „bindenden Befehl zu einem Verbrechen" nicht kennt, ist die Aufgabe dieser Arbeit.

1) von Ammon S. 137.

I. DAS WESEN DES BEFEHLS IM ALLGEMEINEN.

Bevor wir an das Problem selbst herantreten, müssen wir uns kurz über den Begriff „Befehl" klar werden. Im großen und ganzen ist dieser Begriff unbestritten. Wir können daher ohne Bedenken die Definition van Calkers [2]) annehmen und sagen: „Befehl ist die Willensäußerung einer Person gegenüber einer anderen ihr zum Gehorsam allgemein verpflichteten, daß diese irgend etwas tun oder unterlassen solle." Ob diese Verpflichtung zum Gehorsam in einem rechtlichen Gewaltverhältnis [3]) ihren Grund haben muß oder ihn auch in einem „tatsächlich oder angeblich bestehenden Ueberordnungsverhältnis" [4]) haben kann, ist für unser Problem ohne Bedeutung. Der militärische Befehl beruht auf einem rechtlichen Gewaltverhältnis und zwar auf der Kommandogewalt, deren oberster Inhaber gemäß § 3 des Wehrgesetzes vom 21. Mai 1935 der Führer und Reichskanzler ist und die unter ihm der Reichskriegsminister als Oberbefehlshaber der Wehrmacht ausübt. (§ 3, Abs. II) „Zur Ausübung dieser Befehlsgewalt sind nach unten hin Personen bevollmächtigt, denen ein bestimmter Wirkungskreis, etwa das Kommando eines größeren oder kleineren Truppenteils anvertraut ist, sogenannte direkte Vorgesetzte. Daneben gilt (infolge der gleichförmigen Aufgaben des Heeres) ein dem Range nach abgestuftes, allgemeines Vorgesetztenverhältnis." [5]) [6])

2) van Calker S. 7.
3) Romen-Rissom S. 183.
4) von Ammon S. 31.
5) Romen-Rissom S. 184.
6) Eine ausführliche Darstellung des Begriffes „Vorgesetzter" findet sich bei Herz-Ernst S. 89—99.

II. DER VERBINDLICHE BEFEHL ALS RECHTFERTIGUNGSGRUND.

A. Der Begriff der Rechtmäßigkeit im allgemeinen.

Um den nachfolgenden Erörterungen eine feste Grundlage zu geben, ist es erforderlich, zuvor einmal kurz die Begriffe Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit zu klären. Es dürfte hier allerdings nicht der rechte Platz sein, den ganzen Streit, der einmal um dieses Problem ausgefochten wurde, wieder aufzurollen und den von Hold v. Ferneck aufgeführten zweiundzwanzig Definitionen [7]) womöglich noch eine dreiundzwanzigste hinzuzufügen. Vielmehr scheint es angebracht, sich der heute herrschenden Lehre anzuschließen und deren wesentlichste Gesichtspunkte, auf die es für unser Problem ankommt, einmal kurz zu erörtern.

Es ist heute allgemein anerkannt, daß die Rechtswidrigkeit einer Handlung Grundbedingung für das Vorliegen einer strafbaren Handlung ist, daß nur auf rechtswidrige Handlungen die strafrechtlichen Bestimmungen Anwendung finden, und daß Rechtswidrigkeit und Tatbestandsmäßigkeit sich zueinander verhalten wie zwei sich schneidende Kreise.[8])

Wann aber eine Handlung rechtmäßig oder rechtswidrig ist, sagt uns das Gesetz positiv sehr selten. Nach der heute herrschenden Lehre geschieht diese Feststellung nach „dem Grundgedanken des Rechts als einer Schutzordnung unserer Volkskultur" [9]) oder — anders ausgedrückt — nach „den Normen des Rechts, die sich damit als objektive Bewertungsnormen erweisen, als Urteile über bestimmte Geschehnisse und Zustände vom Standpunkt des Rechts aus".[10])

7) Hold v. Ferneck S. 399 f.

8) Vergl. Graf zu Dohna, Recht und Irrtum, S. 3; Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 146; RG. 61/247.

9) Graf zu Dohna, Aufbau der Verbrechenslehre, S. 22.

10) Mezger S. 164; vergl. auch RG. 61/247: „Unter welchen Voraussetzungen Handlungen, die den äußeren Tatbestand einer Straftat erfüllen, als nicht rechtswidrig zu erachten sind, ist nicht nur aus dem Strafrecht, sondern aus dem Ganzen der Rechtsordnung zu entnehmen . . . Die Rechtssätze, aus denen sich die Gründe für die Rechtmäßigkeit oder

Die Grundgedanken, die Normen des Rechts, geben aber stets völlig eindeutige, allgemein gültige und mithin objektive Richtlinien über das, was Recht und Unrecht ist. „Gegenstand dieser rechtlichen Bewertung kann alles sein: das Verhalten handlungsfähiger und handlungsunfähiger, schuldfähiger und schuldunfähiger Menschen." [11]) Auch der Diebstahl des Kindes und des Idioten ist rechtswidrig! Notwehr gegen solche Handlungen ist erlaubt. Der Angegriffene darf sich des Angriffs mit Gewalt erwehren. Diese Ansicht von der Objektivität der Rechtswidrigkeit hat sich heute wohl mehr oder weniger überall Bahn gebrochen.[12]) Trotzdem muß noch einmal mit aller Deutlichkeit darauf hingewiesen werden. Denn hier liegt eine der Hauptfehlerquellen in der Behandlung unseres Problems! Bei dieser Behauptung der Objektivität der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit soll nun nicht geleugnet werden, daß auch subjektive Momente hinsichtlich der Beurteilung einer Tat eine Rolle spielen können. „Die grundsätzlich objektive Abgrenzung von Recht und Unrecht hindert nicht, daß für diese Abgrenzung im Einzelfall seelische Merkmale aus der Person des Handelnden maßgebend werden können. (Lehre von den subjektiven Unrechtselementen.)" [13]) Aber während die Schuld „eine Wertung des auf die Tat gerichteten (subjektiven) Willens" [14]) zum Ausdruck bringt, ist die Rechtswidrigkeit eine Wertung der objektiven Tat. Rechtswidrigkeit ist die objektive Verletzung von Rechtsnormen, die allerdings häufig nicht nur ein äußeres Tun oder Lassen, sondern auch eine bestimmte Willensrichtung vorschreiben. „Der Sinn dieser Normen ist die Hintanhaltung sozialschädlichen Verhaltens." [14]) Hier ist es eben die besonders gefährliche Einstellung des Täters zur Tat, welche die Handlung erst zu einer rechtswidrigen macht.[15]) Diese Einstellung ist es gerade, welche die rechtlich geschützten Interessen in Gefahr bringt. Ohne diese subjektiven Unrechts-

— negativ ausgedrückt — für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit (Rechtfertigungsgründe, Unrechtausschließungsgründe) ergeben, können dem gesetzten oder ungesetzten Recht angehören. Sie können insbesondere im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung des Zwecks und des gegenseitigen Verhältnisses der geschriebenen Normen ermittelt werden."

11) Mezger S. 164.

12) a. A. Hellmuth Mayer, Strafrecht S. 237.

13) Mezger S. 168.

14) Graf zu Dohna, Monatsschr. f. Krim.-Psych. Bd. 25. S. 183.

15) z. B. die „rechtswidrige Absicht" im § 267 StGB. oder die wollüstige Absicht, die mit dem Begriff der Unzucht (§§ 174, 176 Ziffer 3 StGB.) untrennbar verknüpft ist.

elemente läge eine Gefährdung oder gar Verletzung gar nicht vor. So ist es letztlich doch wieder ein objektiver Gefahrzustand, der die Rechtswidrigkeit herbeiführt. Wir müssen also an der Objektivität der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit einer Handlung unter allen Umständen grundsätzlich festhalten. Da diese Theorie des „objektiven schuldlosen Unrechts" [16]) heute mit wenigen Ausnahmen von der gesamten Wissenschaft anerkannt wird, erübrigt sich eine nähere Begründung. Es kann hiernach jemand sehr wohl „rechtswidrig" handeln, ohne daß ihn dieserhalb ein Verschulden träfe. Das Gegenteil hingegen ist undenkbar. Eine „Schuld" kann nur in Bezug auf eine objektiv rechtswidrige Handlung bestehen. „Die Mißachtung dieser logischen Reihenfolge hat gerade in der Befehlslehre manchen Irrtum verschuldet." [17])

Wann ist nun eine Handlung rechtmäßig und wann rechtswidrig? Wie bereits gesagt, läßt sich dies meistens nur aus dem Grundgedanken des Rechts erkennen. Wir können uns für unser Problem aber mit der Feststellung einiger von Wissenschaft und Rechtsprechung auf Grund dieser Tatsache herausgearbeiteter und heute allgemein anerkannter Erkenntnisse begnügen. Rechtswidrig ist hiernach eine Handlung, die „den objektiven Normen des Rechts widerspricht",[18]) die sich als „eine Verletzung der objektiven Ordnung des Rechts darstellt".[19]) Rechtswidrig ist „eine dem Grundgedanken des Rechts widerstreitende Handlungsweise . . ., wenn sich außerdem ein Gegensatz zu der positiven Rechtsordnung ergibt".[20])

Rechtmäßig hingegen ist jedes menschliche Verhalten, das mit den Normen des Rechts, mit dem Zweck der Gesetze, im Einklang steht. Insbesondere sind rechtmäßig auch die tatbestandsmäßigen Handlungen, „die sich als das angemessene Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zweckes darstellen. Sie sind nach allgemeinem Grundsatz als rechtmäßige Handlungen anzusehen, können also niemals unter den Begriff einer Straftat fallen".[21]) Das Reichsgericht glaubt zwar, diesen Satz in doppeltem Sinne einschränken zu müssen: eine tatbestandsmäßige Handlung muß das einzige Mittel zur Erreichung

16) Frank S. 161.
17) M. E. Mayer, Befehl S. 124.
18) Mezger S. 163.
19) Mezger S. 167.
20) Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S. 54.
21) von Liszt-Schmidt, S. 200. Im gleichen Sinne auch Graf zu Dohna, Recht und Irrtum, S. 14.

dieses Zweckes sein (d. h. der Zweck darf nicht auch durch eine ohnehin erlaubte Handlung erreicht werden können), und der „Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung" muß beachtet werden.[22]) In diesem Sinne auch Mezger: „Nicht rechtswidrig handelt, wer ein geringerwertiges Rechtsgut verletzt oder gefährdet, wenn nur dadurch ein höherwertiges Rechtsgut gerettet werden kann." [23]) Aber im Grunde sind diese beiden Einschränkungen bereits in dem oben zitierten Satze v. Liszt's enthalten, denn ohne ihr Vorliegen ist das Mittel eben nicht „angemessen". Legen wir jedenfalls dem Worte „angemessen" diesen Sinn bei, so darf der Satz wohl heute als allgemein anerkannter Rechtssatz angesehen werden.[24])

Aus der Einheitlichkeit und Widerspruchslosigkeit unserer Rechtsordnung folgt weiter der Satz:

„Eine rechtlich gebotene Handlung kann nicht zugleich rechtlich verboten sein. Oder anders ausgedrückt: Die Erfüllung einer Rechtspflicht ist niemals rechtswidrig." [25]) Dieser Satz enthält nichts weiter als eine Selbstverständlichkeit. Denn es wäre ein Unding, ein und dieselbe Handlung gleichzeitig zu gebieten und zu verbieten. So findet auch dieser Satz heute allgemeine Anerkennung.[26])

B. Die Rechtmäßigkeit der anbefohlenen Handlung.

Auf den Befehl angewandt bedeutet dieser letzte Satz, daß der verbindliche Befehl die Rechtswidrigkeit der anbefohlenen Handlung ausschließt. Denn wie bereits oben unter I erwähnt, ist es der Staat selbst, der seine Befehlsgewalt bis zum niedrigsten Vorgesetzten herab delegiert, und der durch diesen dem Untergebenen befiehlt. In der Rechtspflicht zur Vornahme einer Handlung ist aber notwendigerweise das R e c h t zu ihrer Vornahme enthalten. Die auf einen verbindlichen Befehl hin vorgenommene Handlung ist also in jedem Falle rechtmäßig. In diesem Sinne enthalten auch die vielumstrittenen Worte von Liszt's [27]) nichts

22) RG. 61/253.
23) Mezger S. 239.
24) Vergl. Mezger S. 225 ff. und 239 ff.
25) Graf zu Dohna, Recht und Irrtum S. 9.
26) Vergl. auch v. Liszt-Schmidt S. 197: „Die rechtspflichtgemäße, d. h. die durch die Rechtsordnung gebotene Handlung, ist stets rechtmäßig." Im gleichen Sinne v. Ammon S. 82.
27) v. Liszt, 14./15. Aufl. S. 152.

außergewöhnliches: „Der Befehl des Vorgesetzten an den Untergebenen schließt für diesen die Rechtswidrigkeit der auf Grund des Befehls vorgenommenen Handlung soweit aus, als die Rechtsordnung die unbedingt verbindende Kraft des Befehls anerkennt." Freilich die Beziehung auf § 47 MStGB. gibt diesen Worten gleich einen anderen Sinn. Denn welche Befehle verbindlich sind, bedarf zuvor noch einer eingehenden Untersuchung.

Der verbindliche Befehl aber kann niemals lediglich zur Entschuldigung einer rechtswidrigen Handlung führen. Wenn van Calker [28]) sagt: „Der einem rechtsverbindlichen Befehl Gehorchende hat ein R e c h t zu der Rechtsgüterverletzung" und gleich darauf feststellt, daß eine „strafbare Handlung" aber trotzdem „vorhanden" sein könne, so ist das ein Widerspruch in sich selbst. Denn Rechtmäßigkeit und Strafbarkeit sind zwei sich gegenseitig ausschließende Begriffe. Kommt man also zu dem Ergebnis, daß ein bestimmter Befehl verbindlich sei, so muß man logischerweise auch die anbefohlene Handlung des Untergebenen für rechtmäßig erklären.

Das bedeutet dann aber, daß es gegen eine solche Handlung kein Notwehrrecht gibt, denn ein solches ist gemäß § 53 StGB. nur gegen „rechtswidrige" Angriffe gegeben. Des weiteren kann für eine solche kein Mensch zur Verantwortung gezogen werden, auch nicht der befehlende Vorgesetzte, denn es gibt keine Verantwortlichkeit für rechtmäßige Handlungen.[29])

Mit dieser Erkenntnis ist jedoch noch sehr wenig gewonnen, bevor nicht die weitere Frage gelöst ist: „Welche Befehle sind verbindlich?"

---

28) van Calker S. 11 f.

29) Ueber die gegenteiligen Ausführungen v. Ammons vergl. unten unter III. B. 1.

III. DIE VERBINDLICHKEIT DES BEFEHLS.

A. Der rechtmäßige Befehl.

Daß jeder rechtmäßige militärische Befehl auch zugleich verbindlich ist, ist wohl noch nie angezweifelt worden und kann daher ohne Bedenken als richtig unterstellt werden. Steht nun fest, daß ein Befehl rechtmäßig ist, so muß auch, wie oben unter II dargelegt, die anbefohlene Handlung rechtmäßig sein. Damit kommt dem rechtmäßigen Befehl eine Kraft zu, die leider häufig — aber zu Unrecht — dem rechtswidrigen beigelegt wird, nämlich eine befohlene tatbestandsmäßige Handlung zu rechtfertigen.[30]) Wenn es z. B. in Ziffer 96 der Standortdienstvorschrift vom 24. April 1925 heißt: „Wachen dürfen Wohnungen und umfriedigte Räume, um jemand festzunehmen, nur auf Befehl . . . derjenigen Behörden oder Personen durchsuchen lassen, welche Festnahmen anordnen dürfen", so bleibt doch eine solche Durchsuchung einer Wohnung ohne den rechtmäßigen Befehl rechtswidrig. Gerade der rechtmäßige Befehl ist es, der die anbefohlene Handlung als rechtmäßige erscheinen läßt.

Ein noch anschaulicherer Parallelfall ließe sich aus dem Beamtenrecht anführen:

§ 112 StPO. sagt: „Der Angeschuldigte darf . . . in Untersuchungshaft genommen werden, wenn dringende Verdachtsgründe gegen ihn vorliegen und . . . er der Flucht verdächtig ist." Es ist unbestritten, daß eine auf Grund dieser Bestimmung vorgenommene Einsperrung (§ 239 StGB.) rechtmäßig ist. Aber nicht jeder handelt rechtmäßig, der den Verdächtigen einsperrt, sondern nur der, welcher die Verhaftung auf Grund eines rechtmäßigen Befehls vornimmt.

Wann aber ist ein Befehl rechtmäßig?

1. Die verschiedenen Rechtmäßigkeitstheorien.

Auf die Frage nach der Rechtmäßigkeit eines Befehls sind die verschiedensten Antworten gegeben worden. Nach Ansicht M. E. Mayers [31]) muß der Befehl den „Ausführungsnormen" und den „auszuführenden Normen" entsprechen.

Nach Ansicht der höchsten Gerichte [32]) muß die „abstrakte

30) Vergl. Graf zu Dohna, Recht und Irrtum S. 10.

31) Befehl S. 126 ff.

32) RMG. 10/228; RG. 59/330.

und konkrete Zuständigkeit" des Befehlsgebers gegeben sein, d. h. der Befehl muß seiner Art nach sachlich und örtlich in den Kreis der Geschäftsaufgabe des Vorgesetzten fallen (abstrakte Zuständigkeit), und es müssen Tatsachen vorhanden sein, von denen die rechtliche Zulässigkeit des Befehls in dem einzelnen Falle abhängt (konkrete Zuständigkeit).

Fast alle Autoren, die über die Rechtmäßigkeit des Befehls geschrieben haben, ließen sich bei Beantwortung der Frage mehr oder weniger von Zweckmäßigkeitserwägungen leiten. Alle diese Erwägungen gehen von dem zweifellos vorhandenen Bedürfnis aus, den staatlichen Vollstreckungsorganen einen möglichst weitgehenden Schutz zukommen zu lassen und die Rechtmäßigkeit des Befehls im Sinne des § 113 StGB. entsprechend weit auszudehnen.

Im Gegensatz hierzu macht v. Ammon die Rechtmäßigkeit eines Befehls davon abhängig, daß er „der gesamten Rechtsordnung entspricht",[33]) daß der Befehlende „so befahl, wie er befehlen durfte oder mußte".[34])

Es erübrigt sich, auf diese verschiedenen Meinungen näher einzugehen. Sie führen bei der Betrachtung unseres Problems nur auf eine falsche Bahn. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Beamtenbefehls mögen sie nützlich sein. Denn dessen Zulässigkeit ist stets von gewissen gesetzlichen Voraussetzungen abhängig, mit deren Prüfung sich die oben aufgeführten Lehrmeinungen befassen. Beim militärischen Befehl liegen indessen die Dinge vollkommen anders. Hier kennt unsere Rechtsordnung keine gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlaß von Befehlen. Vielmehr steht hier der Befehlsgewalt ein weites Feld offen, innerhalb dessen sie sich frei bewegen kann. Mit Recht sagt Rissom: [35]) „Die Kommandogewalt als ein Prinzip der Macht hängt zusammen mit jenen Urgründen der staatlichen Gewalt, die an der Wiege alles Rechts Pate gestanden haben." Nun ist es natürlich nicht so, daß ein militärischer Vorgesetzter alles befehlen könnte. Vielmehr sind auch seiner Befehlsgewalt Schranken gesetzt. Aber während das Befehlsrecht des Beamten grundsätzlich nur in ganz bestimmten, gesetzlich geregelten Fällen gegeben ist, ist das militärische Befehlsrecht grundsätzlich immer gegeben und nur in ganz bestimmten Fällen ausgeschlossen.

33) v. Ammon S. 34.
34) v. Ammon S. 33.
35) Rissom S. 223.

2. Die Grenzen der Rechtmäßigkeit.

Voraussetzung aller Befehlsbefugnis ist natürlich zunächst einmal die Vorgesetzteneigenschaft. Diese kann eine allgemeine, auf dem Rangverhältnis beruhende, oder aber auch eine spezielle, auf besonderer Dienststellung beruhende sein. Im einzelnen kann diese Frage jedoch übergangen werden. Sie ist oft genug behandelt worden und bietet keinerlei Schwierigkeiten.[36])

Wo findet nun die Befehlsbefugnis des Vorgesetzten ihre Grenzen? Nicht alle Grenzen interessieren in diesem Zusammenhang. Eine solche Betrachtung würde nur unnötige Verwirrung in unser Problem hineintragen. Hierfür ist es ohne Belang, was der Befehlsgeber im einzelnen alles von seinen Untergebenen verlangen darf und was nicht, inwieweit dem Untergebenen ein Beschwerderecht zusteht und inwieweit er, in dem Glauben, es würde zuviel von ihm verlangt, den Gehorsam verweigern darf. Für uns kommt es einzig und allein darauf an, festzustellen, inwieweit ein Befehl rechtmäßig ist, der eine tatbestandsmäßige Handlung zum Gegenstande hat.

Wir müssen bei der Beantwortung dieser Frage wieder davon ausgehen, daß die Befehlsbefugnis auf einem öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnis beruht. Da dieses ein Verhältnis mit rechtlichen Wirkungen ist, ist es zugleich ein Rechtsverhältnis,[37]) das einerseits die Kommandogewalt,[38]) andererseits die Gehorsamspflicht des Untergebenen zum Gegenstande hat. Die einzelnen, sich aus diesem Rechtsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten (also auch das R e c h t zur Befehlserteilung) sind daher in erster Linie nach den besonderen — speziell für das Militär geltenden — Gesetzen, subsidiär nach den allgemeinen Gesetzen, und erst, wenn auch diese schweigen, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen.

Betrachten wir zunächst einmal die speziellen Militärgesetze. Im MStGB. finden sich vor allem zwei Bestimmungen, die sich mit der Befehlsbefugnis befassen: Die §§ 47 und 115. Diese beiden Bestimmungen setzen aber offensichtlich das Befehlsrecht des Vorgesetzten als grundsätzlich gegeben voraus und schränken es in doppelter Hinsicht ein:

a) Befehl in Dienstsachen.

Im § 47, der u. a. die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten regelt, ist lediglich von „Befehlen in Dienstsachen" die Rede. Die

36) Eine ausführliche Darstellung geben Herz-Ernst, S. 89—99.

37) Näheres hierüber bei Girginoff, S. 1—8. 38) Vergl. oben unter I.

entsprechende Bestimmung, welche den Ungehorsam des Untergebenen unter Strafe stellt — § 92 —, betrifft auch lediglich die Nichtbefolgung von „Befehlen in Dienstsachen". Da aber das Befehlsrecht des Vorgesetzten begrifflich nicht weitergehen kann, als die Gehorsampflicht des Untergebenen, so kann ein solches logischerweise nur hinsichtlich eines „Befehls in Dienstsachen" bestehen.[39])

Was heißt nun „Befehl in Dienstsachen"? In der Literatur finden sich die verschiedensten Meinungen darüber.

Nach den Motiven zu § 47 MStGB. (Begründung zu § 58 des Entwurfes) soll sich nach militärischer herkömmlicher Sprachweise der Befehl in Dienstsachen vom Dienstbefehl dadurch unterscheiden, daß ersterer nur von einem „dienstlich Vorgesetzten", letzterer aber von „irgendeinem Vorgesetzten" soll erlassen werden können. Diese Unterscheidung hat aber im Gesetze nirgends Ausdruck gefunden und auch militärische Dienstvorschriften oder militärisch-dienstliche Grundsätze enthalten keine Regelung.

Nach Girginoff [40]) ist ein Befehl in Dienstsachen „der betreffend das dienstliche Verhalten des Untergebenen erteilte Befehl seines Dienstvorgesetzten", während unter Dienstbefehl „ein hinsichtlich eines der militärischen Zucht und Ordnung entsprechenden, wenn auch außerdienstlichen Verhaltens erteilte Befehl irgendeines militärischen Vorgesetzten" [41]) zu verstehen ist.

Diese Ansicht teilte auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung 27/406.

Nach der Ansicht M. E. Mayers [42]) ist „vom Befehl in Dienstsachen der Dienstbefehl scharf zu trennen, für ihn ist das jenem fehlende Merkmal, die Form, charakteristisch, dagegen der Inhalt, der den Befehl in Dienstsachen kennzeichnet, belanglos. Jeder in dienstlicher Befehlsform ergehende Befehl ist Dienstbefehl; es ist also weiter nichts erforderlich, als daß die Willenserklärung sich äußerlich als Imperativ kundgibt. Ob das solchermaßen anbefohlene Verhalten eine Dienst- oder Privatsache betrifft, ist gleichgültig. Daher bilden Dienstbefehle und Befehle in Dienstsachen keinen Gegensatz, vielmehr ergehen die meisten

39) a. A. Battenberg, S. 81, der „cum grano salis" auch verbindliche Privatbefehle anerkennt. Die Abgrenzung vom unverbindlichen Privatbefehl soll dem „militärischen Takt" und dem „gesunden Menschenverstand des Soldaten" überlassen bleiben.

40) Girginoff, S. 98.

41) Girginoff, S. 100.

42) M. E. Mayer, Befehl, S. 152.

Befehle in Dienstsachen als Dienstbefehle. Nur die in Privatsachen erteilten Dienstbefehle einerseits und die Befehle in Dienstsachen andererseits sind voneinander geschiedene Gruppen."

Auch nach Romen-Rissom [43]) bezeichnet man als Dienstbefehl zweckmäßig „einen Befehl nach seiner formellen Seite, als eine Forderung, die als eine in der Befehlsgewalt enthaltene, kraft ihrer zu verlangende aufgestellt wird. Nur derjenige Dienstbefehl ist verbindlich, der zugleich ein Befehl in Dienstsachen ist." [44])

Nach Schlayer [45]) stellt sich ein Befehl in Dienstsachen dar als „jeder Befehl eines Vorgesetzten, der eine bestimmte dienstliche Angelegenheit betrifft", im Gegensatz zum Dienstbefehl, nämlich „jedem anderen Befehl eines Vorgesetzten", also auch dem Privatbefehl.

Nach van Calker [46]) ist der Dienstbefehl im Gegensatz zum Befehl in Dienstsachen dem Privatbefehl völlig gleichzustellen. Ein Dienstbefehl ist demnach ein Befehl, „der mit dem Dienst weder in direkter noch in indirekter Beziehung" steht.

Nach wieder anderer Ansicht macht das Gesetz überhaupt keinen Unterschied zwischen beiden Begriffen, sondern versteht unter beiden Befehle, die dienstliche Angelegenheiten betreffen.[47])

Für die Richtigkeit dieser letzteren Ansicht ließe sich § 58 Ziffer 7 MStGB. anführen. Hier wird der Kriegsverrat durch Nichtausführung oder Abänderung eines „Dienstbefehls" mit dem Tode bestraft. Sollte hier wirklich ein nur formeller Befehl, der sich nicht auf eine Dienstangelegenheit bezieht, oder gar, wie van Calker annimmt, ein Befehl, der „mit dem Dienst weder in direkter noch auch nur in indirekter Beziehung" [48]) steht, Todesstrafe nach sich ziehen?

Doch der ganze Streit ist ein ziemlich müßiger und überdies willkürlicher, da weder das Gesetz noch militärische Dienstvorschriften oder Gepflogenheiten irgendwelche sicheren Anhaltspunkte liefern. Der Streit geht letztlich nur um den Begriff „Dienstbefehl", während über den Begriff „Befehl in Dienst-

43) Romen-Rissom, S. 184.
44) Der gleichen Ansicht: Battenberg, S. 77.
45) Schlayer, S. 28.
46) van Calker, Verantwortlichkeit, S. 107.
47) So v. Ammon, S. 57; Rotermund, S. 97; Fuhse, S. 82 f.
48) van Calker, Verantwortlichkeit, S. 107.

sachen" im großen und ganzen Klarheit herrscht. Für uns kommt es aber allein darauf an, den Befehl in Dienstsachen von dem Befehl in Privatsachen abzugrenzen, mag man diesen nun als Dienstbefehl betrachten oder nicht.

Aber die Auffassung, daß nicht jeder Befehl, der sich auf eine direkt oder indirekt mit dem militärischen Dienst in Zusammenhang stehende Handlung erstreckt, Befehl in Dienstsachen sei, sondern daß dieser nur eine Unterabteilung solcher Befehle im Gegensatz zum Dienstbefehl sei,[49]) müssen wir entschieden entgegentreten. Denn durch eine solche Auslegung würden die Grenzen der Gehorsamspflicht gem. § 92 MStGB. doch in äußerst bedenklicher Weise verschoben werden. Außerdem würde es der Disziplin wenig zuträglich sein, wenn der gehorchende Untergebene lediglich durch eine bestimmte Gruppe von Befehlen, die in irgendeinem Zusammenhang zum militärischen Dienste stehen, im Sinne des § 47 MStGB. gedeckt würde, für die Ausführung anderer „Dienstbefehle" hingegen zur Verantwortung gezogen würde.

Es kann schwerlich die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, nur eine bestimmte Art von dienstlichen Befehlen als „Befehle in Dienstsachen" unter den Schutz des Gesetzes zu stellen. Es scheint daher die Ansicht gerechtfertigt, daß der Befehl in Dienstsachen vom Befehl in Privatsachen abgegrenzt werden sollte.

Die Abgrenzung ergibt sich dann zwangsläufig aus dem Gegensatz zwischen den Begriffen „Dienst" und „Privatleben". Dieser Ansicht neigt auch das Reichsmilitärgericht [50]) zu: „Unter Dienstsache muß der Inbegriff alles dessen verstanden werden, was der militärische Dienst nach seinem inneren Wesen erfordert, was im Interesse des militärischen Dienstes begründet erscheint. Was dies im Einzelfall ist, muß sich aus militärrechtlichen Regeln und militärischen Grundsätzen ergeben. Befehl in Dienstsachen liegt deshalb dann vor, wenn ein zur Befehlsgebung Berechtigter in gebietender Weise von einem seiner Befehlsgewalt Unterworfenen ein Handeln oder Unterlassen fordert, dessen Vornahme oder dessen Unterbleiben das Wesen des militärischen Dienstes erheischt."

Nun darf natürlich der Begriff „Dienst" nicht allzu eng umgrenzt werden, da „der Dienst fast das gesamte Leben des Sol-

---

49) Girginoff, S. 98 ff. und RG. 27/406.
50) RMG. 5/150.

daten [51]) ergreift". Somit können wir uns der Definition von Romen-Rissom [52]) anschließen:

„Befehl in Dienstsachen ist nichts anderes als ein echter . . . militärischer Befehl, ein Befehl, der auf dem Gebiete verbleibt, auf welchem sich die Kommandogewalt ihrer Natur nach bewegen kann. Dieses Gebiet aber umfaßt alles, was die dem Heere eigentümliche, durch dessen Wesen und Bestimmung gegebene Leistung ausmacht."

Dienstsache ist somit „der Inbegriff alles dessen, was der militärische Dienst nach seinem innersten Wesen erfordert, was im Interesse des militärischen Dienstes begründet erscheint".[53]) Aber auch jede, selbst weitläufigste Beziehung zum militärischen Dienste, sei es auch nur mit Rücksicht auf die allgemeinen Dienstverhältnisse des Untergebenen, genügt, um einen Befehl als Befehl in Dienstsachen erscheinen zu lassen. So hat mit Recht das Reichsmilitärgericht [54]) angenommen, daß der Befehl über das Verhalten im Wirtshause ein Befehl in Dienstsachen sei.[55])

Eine kurze aber zutreffende Definition der Dienstsache finden wir bei Dietz: [56]) „Unter Dienstsache fällt jedes Verhältnis, das aus militärischen Gründen geordnet werden muß und darf."

Aber hier liegt auch eine Schranke der Rechtmäßigkeit des Befehls. Ist der Untergebene nur Befehlen in Dienstsachen gegenüber Gehorsam schuldig, so kann begrifflich das Recht des Vorgesetzten zur Befehlserteilung nicht weitergehen.

„In reinen Privatangelegenheiten, in solchen Dingen nämlich, die mit dem Dienste, mit der Aufsicht auf das außerdienstliche Verhalten, mit den Standesverhältnissen auch nicht entfernte Beziehung haben, kann überhaupt kein strafrechtlich wirksamer Befehl erteilt werden." [57]) § 114 MStGB. drückt dies mit klarer Bestimmtheit aus: „Wer seine Dienstgewalt oder dienstliche Stellung gegen Untergebene zu Befehlen, Forderungen oder Zumutungen mißbraucht, die in keiner Beziehung zum Dienst stehen, wird . . . bestraft." Aus dieser Bestimmung geht einwandfrei hervor, daß das Befehlsrecht des Vorgesetzten an dem Begriff des „Befehls in Dienstsachen" seine Grenze findet.[58]) Ein Befehl

51) v. Ammon, S. 58.
52) Romen-Rissom, S. 184.
53) Fuhse, S. 82.
54) RMG. 5/150.
55) Einige weitere Beispiele geben RMG. 1/105; 2/279; 7/175; 8/140.
56) Dietz, S. 69.
57) v. Koppmann-Weigel, S. 339.
58) Vergl. auch v. Koppmann-Weigel, S. 428.

also, der nicht Befehl in Dienstsachen ist, ist daher niemals rechtmäßig. Er ist gesetzlich verboten, also rechtswidrig.

Wenn nun M. E. Mayer [59]) und v. Ammon [60]) den Begriff des Befehls in Dienstsachen mit dem Begriff der formellen Rechtmäßigkeit des Befehls gleichstellen,[61]) so kann ihnen, sofern man überhaupt einen Unterschied zwischen formeller und materieller Rechtmäßigkeit machen will, durchaus recht gegeben werden.

b) Rechtmäßigkeit der anbefohlenen Handlung.

Aber auch in materieller Hinsicht sind der Rechtmäßigkeit des Befehls durch die Bestimmung des § 47 MStGB. Schranken gesetzt. Leider sind die meisten Widersprüche durch eine Verkennung dieser Schranken in unser Problem erst hineingetragen worden. Es wird immer wieder übersehen, daß § 47 MStGB. nicht nur für den Untergebenen, sondern auch für den befehlenden Vorgesetzten gilt. Nach § 47 Satz 1 ist der Befehlende für die vom Untergebenen ausgeführte strafbare Handlung „verantwortlich", auch wenn der Untergebene straflos bleibt; nach § 115 in Verbindung mit § 53 trifft ihn sogar erhöhte Strafe, wenn er vorsätzlich ein Verbrechen oder Vergehen befohlen hat. Daraus folgt nun keineswegs, daß er in den übrigen Fällen straflos bleibt; nur trifft ihn bei Fahrlässigkeit wie bei Uebertretungen lediglich die einfache, nicht die erhöhte Strafe; auch in diesen Fällen bleibt der Vorgesetzte gemäß § 47 „verantwortlich". Es kann aber niemand für eine rechtmäßige Handlung — also auch nicht für einen rechtmäßigen Befehl — „verantwortlich" gemacht werden. Ist aber der Vorgesetzte für jeden Befehl verantwortlich, der eine strafbare Handlung zur Folge hat, so kann ein solcher Befehl auch nicht rechtmäßig sein. Die Rechtmäßigkeit des Befehls ist somit in weitestgehendem Maße von der Rechtmäßigkeit der anbefohlenen Handlung abhängig gemacht worden. Mit anderen Worten: die Rechtmäßigkeit des Befehls findet ihre natürliche Schranke an der Grenze der rechtlich allgemein erlaubten anbefohlenen Handlung.

Nach der Ansicht mancher Autoren sind solche Befehle, die auf die Ausführung eines Deliktes gerichtet sind, überhaupt keine Befehle in Dienstsachen. So ist nach RMG. 8/140 unter Befehl in Dienstsachen „jeder von einem Vorgesetzten b e r e c h t i g t e r m a ß e n erteilte Befehl" zu verstehen. Und nach Bauer [62]) liegt,

59) M. E. Mayer, Befehl, S. 153.
60) v. Ammon, S. 58.
61) desgl. Rissom, S. 219.
62) Bauer, Annalen S. 899.

„sobald der Befehl eine durch irgendeine gesetzliche Bestimmung untersagte Handlung zum Gegenstande hat, . . . eine Ueberschreitung der sachlichen Zuständigkeit des Befehlenden und somit kein Befehl in Dienstsachen vor". Selbst wenn es sich nur um die Ueberschreitung ortspolizeilicher Vorschriften handelt, will Bauer dem Befehl die Eigenschaft eines Befehls in Dienstsachen absprechen. Eine solche Auffassung ist jedoch mit dem Wortlaut des Gesetzes schlechterdings unvereinbar: „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt . . ." Andererseits ist es durchaus denkbar, daß selbst ein befohlenes Delikt im engsten Zusammenhang mit dem militärischen Dienst steht. Die Auffassung Bauers ist daher abzulehnen.[63]) Doch im Ergebnis stimmt die Lehre mit der hier vertretenen Auffassung überein: Befehle, die auf ein Delikt gerichtet sind, sind rechtswidrig.[64])

Dabei darf allerdings ein sehr wesentlicher Gesichtspunkt nicht übersehen werden: nicht jede tatbestandsmäßige Handlung, und mithin auch nicht jeder Befehl, der auf eine solche gerichtet ist, stellt ein Delikt dar. Vielmehr muß noch ein weiteres Merkmal hinzukommen: die Rechtswidrigkeit.

Wie oben unter II. A. dargelegt, ist nicht jede tatbestandsmäßige Handlung rechtswidrig, vielmehr ist die Rechtswidrigkeit eine Voraussetzung für die Anwendung des Tatbestandes. Da jedoch im allgemeinen durch die Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung eine Vermutung für ihre Rechtswidrigkeit gegeben ist, erscheint es aus praktischen Gründen gerechtfertigt, eine tatbestandsmäßige Handlung auch als rechtswidrig zu betrachten, solange nicht ein besonderer Grund für ihre Rechtmäßigkeit — Rechtfertigungsgrund — vorliegt.

Unter dieser Voraussetzung läßt sich nun abschließend sagen: Ein Befehl, der eine tatbestandsmäßige Handlung zum Gegenstande hat, ist rechtswidrig, sofern nicht besondere Rechtfertigungsgründe vorliegen.

63) Zustimmend auch RMG. 1/61 „. . . insbesondere kann das Vorliegen von Befehlen in Dienstsachen nicht . . . deshalb verneint werden, weil ein auf die Ausführung einer strafbaren Tat gerichteter Befehl nie ein Befehl in Dienstsachen sein kann. Eine solche Auffassung ist rechtsirrtümlich und schlechterdings unvereinbar mit der Bestimmung des § 47 MStGB., welcher mit seiner Fassung: „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt" unzweideutig zum Ausdruck bringt, daß ein Befehl in Dienstsachen vorliegen kann, auch wenn durch dessen Ausführung ein Strafgesetz verletzt wird."

64) Im Ergebnis übereinstimmend: Dietz, S. 70 und Romen-Rissom, S. 185.

3. Militärische Interessen als Rechtfertigungsgrund.

Wann liegen nun solche Rechtfertigungsgründe vor? Hier schweigen im Hinblick auf die besonderen militärischen Interessen sowohl die Militärgesetze als auch die allgemeinen Gesetze. Wir müssen sie also in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen suchen, die zum großen Teil allerdings durch longa consuetudo und durch opinio iuris längst Gewohnheitsrecht geworden sind.

Wenn nun Laband[65]) feststellt: „Das Rechtsverhältnis zwischen dem seine aktive Dienstpflicht erfüllenden Untertan und der Staatsgewalt ist lediglich durch den Satz gegeben, daß der erstere allen dienstlichen Befehlen Gehorsam schuldig ist", so kann diese Ansicht allerdings nicht als Gewohnheitsrecht angesprochen werden, im Gegenteil, sie steht im krassen Widerspruch zu § 47 Satz 2 Ziffer 2.

Es ist nun allerdings unmöglich, katalogartig aufzuzählen, zu welchen Befehlen ein Vorgesetzter befugt sein soll. Eine erschöpfende Darstellung wäre angesichts der mannigfaltigen Aufgaben der Wehrmacht gar nicht denkbar. Es können nur Rahmenvorschriften gegeben werden. Ob sich ein Befehl innerhalb dieses Rahmens bewegt, bleibt immer von Fall zu Fall zu entscheiden. Denn die Tätigkeit des Soldaten ist nicht, wie die des Beamten, gesetzlich in allen Einzelheiten genau geregelt, sondern „umfaßt vielmehr alle Verrichtungen, welche zur allgemeinen und speziellen technischen Ausbildung im militärischen Beruf notwendig sind, sie umfaßt auch die Verrichtungen, welche die ‚Haushaltung', das militärische Zusammenleben in den Kasernen und die innere Verwaltung der Truppe erfordert".[66]) Auch Sicherheit und Ordnung erfordern Maßnahmen, die diesem Rechtsverhältnis eigentümlich sind. Vor allem aber ist es die Schlagkraft der Wehrmacht im Kriege und damit aufs engste verbunden die Disziplin der Truppe, aus der sich das Recht des Vorgesetzten zur Befehlserteilung im Einzelfalle ergibt. Daß alle diese Zwecke in vollstem Maße staatlich anerkannte, ja sogar vom Staate geforderte Zwecke sind, bedarf angesichts der großen Bedeutung, die der Wehrmacht vom Staate als „Waffenträger und soldatische Erziehungsschule des Deutschen Volkes" (§ 2 des Wehrgesetzes vom 21. Mai 1935) eingeräumt worden ist, keiner Erörterung.

---

65) Laband, Staatsrecht, Band II, S. 624, zitiert nach van Calker, Verantwortlichkeit, S. 109.

66) van Calker, Verantwortlichkeit, S. 109.

Ist nun aber — wie oben unter II. A. dargelegt — jede Handlung rechtmäßig, die als „angemessenes Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zweckes" erscheint, so muß auch jeder Befehl rechtmäßig sein, der sich als „angemessenes" Mittel zur Erreichung der großen Aufgaben unserer Wehrmacht darstellt. Kollidieren jedoch die militärischen Interessen der Wehrmacht mit anderen strafrechtlich geschützten Interessen, so darf hier wie überall in der Rechtsordnung „das höherwertige auf Kosten des minderwertigen behauptet werden".[67]) „Die militärischen Verhältnisse rechtfertigen im Frieden, und noch mehr im Kriege, manche Handlungen, die unter anderen Umständen unrechtmäßig wären." [68]) Somit kann es natürlich nicht rechtswidrig sein, wenn ein Rittmeister seine Eskadron in äußerst scharfem Trab durch ein Dorf führt (§ 366 Ziffer 2 StGB.).[69]) Denn auch im Frieden muß sich die Truppe auf Situationen einstellen, wie sie sonst nur im Kriege vorkommen. Hier ist natürlich das Interesse des Staates an der Ausbildung des Heeres ein größeres als an der nur geringfügig beeinträchtigten Sicherheit der Dorfbewohner. Auch werden militärische Zwecke sehr häufig die Benutzung eines „verbotenen Weges" rechtfertigen.

Weitere treffende Beispiele berechtigter Rechtsgüterverletzungen zählt van Calker auf: [70])

„Nicht nur im Kriege, sondern auch zur Friedenszeit besteht für den Soldaten die Möglichkeit, unter gewissen Umständen berechtigterweise Rechtsgüterverletzungen vorzunehmen. Dieses Recht ist dasselbe, das für die öffentlichen Sicherheitsorgane besteht, zu deren Unterstützung das Militär berufen ist. . . . Nicht selten sind die im Sicherheitsdienst stehenden Mannschaften veranlaßt, zur Erfüllung der ihnen zum Zweck der Aufrechterhaltung der Sicherheit erteilten Befehle von ihrer Waffe Gebrauch zu machen. . . .

Außer der Verwendung im ordentlichen Sicherheitsdienst hat das Militär auch die Aufgabe, bei bedeutenderen inneren Unruhen Personen und Sachen vor Angriffen . . . zu schützen. . . . Hierbei wird die einschreitende Militärabteilung oftmals gezwungen . . ., von der Waffe Gebrauch zu machen, wodurch natürlicherweise Verwundungen verursacht werden."

---

67) Graf zu Dohna, Recht und Irrtum, S. 11, vergl. auch Mezger, S. 239 ff.
68) Romen-Rissom, S. 409.
69) Dieses Beispiel führt v. Ammon, S. 64, für die Notwendigkeit der Anerkennung bindender rechtswidriger Befehle an.
70) van Calker, Verantwortlichkeit, S. 110 f.

Außerdem sind Fälle denkbar, wo Soldaten Sachbeschädigungen — Niederreißung von Hecken bei größeren Felddienstübungen, Beschädigung von Wiesen und Feldern durch Anlegung von Schützengräben — auf Befehl vorzunehmen haben.

Es bedarf keiner besonderen Erwähnung, daß die diesbezüglichen Befehle als „rechtmäßig" angesehen werden müssen, selbst, wenn sie den Tatbestand eines Deliktes verwirklichen. Hier sind es eben militärische Zwecke, die den Befehl zu einem rechtmäßigen, mithin auch verbindlichen (vergl. oben II. B.) machen. Und als Folge der Rechtmäßigkeit dieses Befehls ist auch die anbefohlene Handlung rechtmäßig.

B. Der rechtswidrige Befehl.

Wie steht es aber nun mit der Verbindlichkeit des rechtswidrigen und insbesondere des deliktischen Befehls? (Daß jeder deliktische Befehl rechtswidrig ist, wurde bereits oben unter III. A. 2. b. dargelegt.) Nach der auch heute wohl noch herrschenden Lehre ist auch der deliktische Befehl unter Umständen verbindlich.

1. Die Theorien des „bindenden rechtswidrigen Befehls" und ihre Kritik.

Drei Argumente werden in erster Linie immer wieder für die Theorie des „bindenden rechtswidrigen Befehls" angeführt: § 47 MStGB., § 92 und der Leitgedanke des Militärrechts, die Disziplin.

Am häufigsten wird die Verbindlichkeit deliktischer Befehle aus § 47 MStGB. abgeleitet.

So zieht das Reichsmilitärgericht [71]) aus § 47 folgenden Schluß: „Das Gesetz bezweckt mit dem fraglichen Grundsatz, die Durchführung der dem Untergebenen obliegenden Gehorsamspflicht zu sichern. Es ist deshalb in den im Abs. 2 vorgesehenen beiden Ausnahmen — von denen die Ziffer 1 anerkanntermaßen in Wahrheit eine Ausnahme nicht bildet — auch nicht weitergegangen, als wie mit Rücksicht auf schwerwiegende anderweite Interessen eine Einschränkung der Gehorsamspflicht notwendig erschien." Weiterhin wird § 47 Satz 2 Ziffer 2 als Ausnahmebestimmung bezeichnet. „Der Untergebene muß tatsächlich die

71) RMG. 13/180.

Gewißheit gewonnen haben, daß der Befehl ein Verbrechen oder Vergehen bezweckte."

Selbst in einem Falle, wo durch einen Heereskraftwagen ein Mensch erheblich verletzt wurde, erachtet das Reichsmilitärgericht den Befehl zur Führerflucht (§ 22 des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909) für verbindlich! [72]) „Die Annahme einer solchen Möglichkeit (daß der Befehl des Vorgesetzten ein Vergehen bezweckte), entbindet aber den Untergebenen nicht von der Gehorsamspflicht. Das Gesetz mußte im Interesse der Disziplin die Fälle, in denen der Gehorsam gegen einen Befehl in Dienstsachen verweigert werden darf, auf das Mindestmaß beschränken und hat diese Beschränkung im § 47 MStGB. deutlich zum Ausdruck gebracht."

Auch nach von Liszt-Schmidt, van Calker und Girginoff [73]) gibt § 47 die Grundlage für bindende rechtswidrige Befehle.

Fuhse [74]) folgert aus § 47, daß zwar Befehle, die auf ein Verbrechen oder Vergehen gerichtet sind, unverbindlich seien; bei Befehlen, die nur eine Uebertretung zum Gegenstande haben, soll hingegen eine unbedingte Gehorsamspflicht bestehen.[75])

Auch nach Rotermund [76]) legt § 47 „die unbedingte Gehorsamspflicht des Untergebenen fest. Die Disziplin erfordert es, daß der Untergebene ohne Prüfung alles, was dienstlich befohlen wird, ausführt; er ist nur das Werkzeug. Der befehlende Vorgesetzte wird als Täter fingiert."

Eine andere Ansicht erblickt die Grundlage des bindenden rechtswidrigen Befehls im § 92 MStGB. So z. B. Herz-Ernst,[77]) nach dessen Ansicht § 47 Ziffer 2 die einzige Ausnahme von der im § 92 begründeten unbedingten Gehorsamspflicht ist.

Den gleichen Standpunkt vertritt Kiewitz.[78]) Auch mit der Ausnahmebestimmung des § 47 Ziffer 2 von der im § 92 begrün-

72) RMG. 19/190.

73) v. Liszt-Schmidt, S. 197; van Calker, Verantwortlichkeit, S. 113; Girginoff, S. 92. Van Calker lehnt allerdings de lege ferenda die eigene Ansicht ab: „Daß das in dieser Begrenzung liegende Prinzip den allgemeinen Rechtsgrundsätzen wenig entspricht, liegt auf der Hand: der Untergebene ist Handlungen zu begehen schuldig, die offensichtlich eine schwere Verletzung der Rechtsordnung enthalten. Der Mensch wird zur Maschine herabgewürdigt; er verliert das Recht als moralisches Wesen" (a. a. O. S. 107).

74) Fuhse, S. 85.

75) ähnlich auch: Schlayer, S. 28, Elsner v. Gronow-Sohl, S. 55 und 117.

76) Rotermund, S. 96.

77) Herz-Ernst, S. 193.

78) Kiewitz, S. 55 ff.

deten Gehorsamspflicht habe der Gesetzgeber nicht an den „Grundsäulen der militärischen Disziplin rütteln" wollen.[79]) „Nur in den eklatantesten Fällen, wo ein krasser Widerspruch zu Tage kommt, nämlich mit den Fundamenten des modernen Rechtsstaates, hat er die Gehorsamspflicht ausgeschaltet." Nach seiner Ansicht beeinflussen Uebertretungen „das Staatswesen in einem so unerheblichen Maße, daß im Interesse der Heeresdisziplin auf sie keine Rücksicht genommen werden darf. Nach Kiewitz's Ansicht muß der Untergebene selbst rechtswidrigen Privatbefehlen gehorchen, „wenn der Vorgesetzte den Befehl auf Grund fahrlässig falscher Rechtsanwendung erteilte". Eine Begründung dieser These bleibt Kiewitz allerdings schuldig.

Nach einer dritten Ansicht ist die Annahme bindender rechtswidriger Befehle eine Forderung der Disziplin.

So sagen v. Koppmann-Weigel: „Behufs Erreichung der Aufgabe der Armee ist es unabweisbar geboten, daß der Untergebene den Dienstbefehlen [80]) seiner Vorgesetzten unbedingt gehorche und ihm ein Urteil, eine Kritik, ein Raisonnement über die Rechtmäßigkeit und die Folgen der Dienstbefehle [80]) nicht gestattet werde." [81]) In diesem Zusammenhang beruft er sich auf einen Satz Berners: [82]) „. . . die Tat- und Schnellkraft eines Heeres (besteht) wesentlich in der telegrafischen Geschwindigkeit, mit welcher der Wille des Befehlenden sofort zur Gesamttat großer Massen von Individuen umschlägt." Nach seiner Ansicht ist der Strafausschließungsgrund des § 47 dann nur „eine notwendige Folge dieses militärischen Unterordnungsverhältnisses".

v. Koppmann-Weigel geben dann aber gleich anschließend daran überraschenderweise zu, daß der Gesetzgeber im § 47 bestrebt gewesen sei, „so viel als irgend möglich die militärischen Interessen der Aufrechterhaltung der allgemeinen Strafrechtsgrundsätze hintan zu stellen".

Nach Beling [83]) ergibt sich die Gehorsamspflicht rechtswidrigen Befehlen gegenüber ebenfalls aus der Notwendigkeit für die Disziplin. Dies sei zugleich die ratio legis der §§ 47 und 92: „Die Gefahr vereinzelter Mißgriffe wird als schlimmer [84]) eingeschätzt gegenüber der Gefahr der Lockerung der Disziplin."

---

79) a. a. O. S. 62 f.
80) Gemeint sind Befehle in Dienstsachen.
81) v. Koppmann-Weigel, S. 164.
82) Berner, Lehre von der Teilnahme, S. 281.
83) Beling, Grundzüge, S. 37 f.
84) soll offensichtlich heißen „geringer".

Einen ähnlichen Standpunkt vertritt auch Hellmuth Mayer.[85]) „Die praktischen Erfordernisse des Lebens" verlangen nach seiner Meinung eine sehr weitgehende Gehorsamspflicht. Die „Ausnahmebestimmung" des § 47 Ziffer 2 müsse „als erschöpfend betrachtet" werden.

Allen diesen Anschauungen kann nicht beigepflichtet werden. Denn nirgends in unserer Rechtsordnung ist der Grundsatz ausgesprochen, daß rechtswidrigen Befehlen irgendwelche Verbindlichkeit innewohnen könnte.

Aus § 92 MStGB. läßt sich die grundsätzliche Verbindlichkeit jedes, auch des deliktischen Befehls, nicht herleiten. Dieser stellt die Nichtbefolgung nur unter gewissen Voraussetzungen unter kriminelle Strafe: es muß ein erheblicher Nachteil oder eine Gefahr für Menschenleben oder in bedeutendem Umfange für fremdes Eigentum oder eine Gefahr für die Sicherheit des Reiches oder für die Schlagfertigkeit oder Ausbildung der Truppe vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt werden. Durch die Nichtausführung eines Delikts kann aber schwerlich eine Gefahr für Leben oder Eigentum oder die Sicherheit herbeigeführt werden. Denn gerade diese Güter werden doch durch die Strafgesetze geschützt. Sollte aber trotzdem durch den Befehl zu einer tatbestandsmäßigen Handlung eine Gefahr für eines dieser Rechtsgüter abgewandt werden, so ist der Befehl eben n i c h t rechtswidrig, da die Voraussetzungen des § 53 StGB. oder des § 228 BGB. vorliegen. Desgleichen ist es nicht denkbar, daß durch die Nichtausführung eines Delikts ein „Nachteil" entstehen könnte; denn der durch ein Delikt herbeigeführte „Vorteil" ist in jedem Falle ein unrechtmäßiger und findet, sofern es sich um einen vermögensrechtlichen Vorteil handelt, durch die Bestimmung des § 823 Abs. 2 BGB. seinen gerechten Ausgleich. Ein Nachteil hinsichtlich des Ansehens oder des Rufes eines bestimmten Truppenteils hingegen ist als Folge der Nichtbegehung eines Deliktes kaum vorstellbar. Das Gegenteil wird in der Regel der Fall sein!

Desgleichen sind Fälle, in denen die „Schlagfertigkeit oder Ausbildung der Truppe" durch die Nichtbegehung eines Delikts gefährdet werden, unvorstellbar. Ist aber eine tatbestandsmäßige Handlung zur Erhaltung der Schlagkraft des Heeres geboten, so ist sie — wie oben unter III. A. 3 dargelegt — eben nicht rechtswidrig und mithin kein Delikt!

Man wird diesen Ausführungen entgegenhalten, diese erst nachträglich durch das Gesetz zur Vereinfachung des Militär-

85) Hellmuth Mayer, S. 606 f.

strafrechts vom 30. April 1926 eingefügten Einschränkungen des § 92 dienten lediglich dem Zwecke, die leichteren Ungehorsamsfälle der Disziplinarstrafgewalt zu überlassen. Der Text des § 92 in der alten Fassung und mithin die geschichtliche Entwicklung sprächen gegen die hier vertretene Auffassung. Diesem möglichen Einwand soll daher sogleich begegnet werden.

In der heutigen Fassung des § 92 heißt es lediglich: Wer vorsätzlich einen Befehl in Dienstsachen „nicht befolgt" . . . Der alte Text hingegen sprach von „Ungehorsam . . . durch Nichtbefolgung (. . . . eigenmächtige Abänderung oder Ueberschreitung)". Hätte die Bestimmung einfach gelautet: Nichtbefolgung, eigenmächtige Abänderung oder Ueberschreitung eines Befehls in Dienstsachen . . ., so könnte man unter Umständen die hier vertretene Ansicht als durch die historische Entwicklung widerlegt betrachten. Aber die gleichzeitige Anwendung beider Begriffe „Ungehorsam" und „Nichtbefolgung" ist keineswegs Pleonasmus, sondern deutet darauf hin, daß eben die Nichtbefolgung von Befehlen nur dann strafbar ist, wenn sie sich als „Ungehorsam" darstellt. „Ungehorsam" setzt aber begriffsnotwendig eine Gehorsamspflicht voraus. Inwieweit aber eine solche besteht, läßt sich der Bestimmung des § 92 in keiner Weise entnehmen. Dieser überläßt vielmehr die Abgrenzung der Gehorsamspflicht einer anderweitigen Regelung.

Ebenso abwegig ist der Versuch, diese aus § 47 herleiten zu wollen. Auch hier ist nicht im geringsten die Rede davon, daß Befehle, die ein Delikt zum Gegenstande haben, verbindlich wären. Wenn Ziffer 2 ein auf Befehl wissentlich begangenes Verbrechen oder Vergehen unter Strafe stellt, so läßt sich daraus keineswegs ein Schluß auf die Verbindlichkeit der übrigen Befehle ziehen. Die Straflosigkeit einer Handlung läßt sich doch niemals als eine Pflicht zu ihrer Vornahme auslegen! Ein solcher Umkehrschluß wäre nur dann gerechtfertigt, wenn Strafbarkeit des Untergebenen und Verbindlichkeit des Befehls kontradiktorische Gegensätze wären. Davon ist aber nirgends in unserer Rechtsordnung die Rede. Die gegnerische Theorie legt dem § 47 einen Sinn bei, der nie und nimmer in dieser Bestimmung enthalten ist. Auch aus dem Zweck dieser Bestimmung, auf den weiter unten (IV) noch näher eingegangen werden soll, läßt sich eine solche Auffassung nicht rechtfertigen. Mit Recht stellt daher Rissom [86]) fest: „Wird . . . dem Untergebenen eine strafrechtliche Verantwortlichkeit auferlegt, so ist der Rückschluß auf die Unverbind-

86) Rissom, S. 215 f.

lichkeit des Befehls ein zweifellos sicherer. Dagegen kann nicht umgekehrt aus der Straflosigkeit einer Befehlsausführung auf die Verbindlichkeit eines Befehls geschlossen werden. Denn das Gesetz kann Grund haben, auch die Ausführung eines unverbindlichen Befehls straflos zu lassen." [87])

Das Reichsmilitärgericht [88]) widerlegt seine eigenen — oben zitierten — Entscheidungen, indem es von einem verbindlichen Befehl verlangt, daß er „berechtigtermaßen" erteilt werde, oder daß sich der Vorgesetzte „in rechtmäßiger Ausübung seines Dienstes" befand. Die Verbindlichkeit des Befehls setzt „eine in den Kreis seiner (des Vorgesetzten) Zuständigkeit fallende berechtigte Diensthandlung" voraus. Nach der Ansicht des Reichsmilitärgerichtes liegt allerdings in dieser Forderung kein ausgesprochener Widerspruch. Denn nach seiner Ansicht setzt die Rechtmäßigkeit eines Befehls lediglich voraus, „daß das Befohlene an sich in den Kreis der Zuständigkeit des Vorgesetzten fällt".[89]) „An sich" fallen aber nach der Ansicht des Reichsmilitärgerichts auch Befehle, die auf ein Delikt gerichtet sind, in den Kreis der Zuständigkeit des Vorgesetzten und wären somit rechtmäßig. Diese Auffassung ist jedoch schon mit Rücksicht auf die „Verantwortlichkeit" des Vorgesetzten gemäß § 47 unhaltbar. Für einen „berechtigtermaßen" erteilten Befehl würde man ihn schwerlich verantwortlich machen.

Auch der dritten vertretenen Auffassung, daß die Disziplin der Wehrmacht mit Ausnahme der Fälle des § 47 Satz 2 Ziffer 2 eine unbedingte Gehorsamspflicht erheische, und als überwiegendes rechtliches Interesse allen sonstigen strafrechtlich geschützten Interessen vorangehe, kann nicht beigestimmt werden. Im Gegenteil, die Disziplin wird nicht dadurch gewährleistet, daß der Untergebene zur Ausführung von Verbrechen verpflichtet wird, sondern gerade dadurch, daß der Untergebene berechtigt ist, die Ausführung eines Deliktes abzulehnen. Es sind auch treulose und pflichtvergessene Vorgesetzte denkbar, wenn auch glücklicherweise sehr selten. Dem Staate und den militärischen Interessen wäre wenig gedient, wenn alle Untergebenen zu blindem Gehorsam verpflichtet wären, selbst wenn es sich um Befehle handelt, welche die Interessen des Staates oder der Wehrmacht selbst verletzen. Disziplin und absoluter Gehorsam sind durchaus zweierlei! Gerade die Gehorsamsverweigerung auf einen deliktischen

87) Uebereinstimmend: Romen-Rissom, S. 185 und Dietz, S. 70.
88) RMG. 8/140; 13/133 und 13/19.
89) RMG. 10/228.

Befehl hin kann unter Umständen ein Zeichen von hoher Disziplin sein! Man denke z. B. an das von M. E. Mayer [90]) aufgeführte Beispiel, daß ein Vorgesetzter einem Offizier befiehlt, militärische Legitimationspapiere zu fälschen. Da es sich hierbei nur um eine Uebertretung (§ 363 StGB.) handelt, wäre der Offizier selbst bei Kenntnis der Deliktsabsicht zur Ausführung verpflichtet.[91]) Sollte wirklich die Ausführung hier im Interesse der Disziplin liegen? Oder wäre es nicht ebenso gerechtfertigt, die Gehorsamsweigerung als ein Zeichen von Disziplin zu betrachten? Mit Recht sagt M. E. Mayer: [92]) „Für die Disziplin einer Verbrecherbande wäre eine solche Maxime unerläßlich, für einen Verband staatlicher Organe eine Schande."

Von den Gegnern der hier vertretenen Ansicht wird bisweilen ein Ausspruch des Generalfeldmarschalls Graf Moltke angeführt, den dieser gelegentlich einer Beratung des Militärstrafgesetzbuches im Reichstage tat: „Die Disziplin macht die Armee erst zu dem, was sie sein soll, und eine Armee ohne Disziplin ist auf alle Fälle eine kostspielige, für den Krieg eine nicht ausreichende und im Frieden eine gefahrvolle Institution." [93]) An der Richtigkeit dieser Erkenntnis wird nie ein Mensch zweifeln. Aber daraus erhellt auch zugleich, was Graf Moltke unter „Disziplin" verstanden hat: eine Armee, die verbrecherischen Befehlen n i c h t gehorcht, sondern daran gewöhnt ist, in erster Linie den obersten Staatswillen, mithin auch die Strafgesetze zu respektieren, bedeutet keine Gefahr im Frieden, sondern nur eine Armee, die gewissenlos auch verbrecherischen Befehlen Folge leistet.

Und noch ein weiterer Grund läßt sich gegen die gegnerische Ansicht anführen. Nach der hier vertretenen Auffassung wird (wie unten unter IV. A. noch näher ausgeführt werden wird) der Untergebene in Zweifelsfällen der Prüfungspflicht, ob ein Befehl rechtmäßig ist oder nicht, enthoben. Weiß er positiv, daß ein Befehl die Verletzung eines Strafgesetzes bezweckt, so braucht er auf keinen Fall zu gehorchen. Er d a r f nicht gehorchen, wenn ein Verbrechen oder Vergehen Gegenstand des Befehls ist. Weiß er dagegen nicht genau, ob ein Befehl rechtmäßig ist oder nicht, z w e i f e l t er lediglich an der Rechtswidrigkeit, so darf er in jedem Fall gehorchen. Er ist vor Strafe geschützt. Er w i r d auch

90) M. E. Mayer, Militärstrafrecht, Bd. I, S. 119.
91) Weitere — auch gegnerische Beispiele — s. am Schluß dieses III. Kap.
92) M. E. Mayer, Militärstrafrecht, Bd. I, S. 117.
93) zitiert nach v. Nostitz-Wallwitz, S. 1.

in solchen Fällen im allgemeinen gehorchen, da er sonst die Gefahr trägt, sich geirrt zu haben und wegen Ungehorsams bestraft zu werden.[94])

Anders ist es hingegen nach der gegnerischen Ansicht. Befiehlt z. B. ein Vorgesetzter einem Untergebenen die Fälschung militärischer Legitimationspapiere und erkennt dieser sogleich den Deliktszweck des Befehls, so wird er in der Annahme, diese Fälschung sei ein schweres Vergehen, unter Umständen die Ausführung des Befehls verweigern. Nachträglich erfährt er aber, daß die Fälschung von Legitimationspapieren gemäß § 363 in Verbindung mit § 1 Abs. 3 StGB. nur den Charakter einer Uebertretung hat, und daß ihn sein Irrtum (als Strafrechtsirrtum nach herrschender Lehre) nicht vor der Bestrafung wegen Ungehorsams schützen kann. Befiehlt später ein Vorgesetzter demselben Untergebenen, für eine dienstliche Fahrt seinen fabrikneuen Privatwagen zu benutzen, der jedoch noch nicht zum Verkehr zugelassen ist, so wird diesmal natürlich der Untergebene auf Grund der schlechten Erfahrungen, die er bei der verweigerten Fälschung der Legitimationspapiere gemacht hat, und in der durchaus verständlichen Annahme, daß das Fahren mit einem vollkommen betriebssicheren, jedoch noch nicht polizeilich zugelassenen Kraftfahrzeug wesentlich harmloser sei, als die Fälschung von Legitimationspapieren, diesmal gehorchen. Leider wird er aber wieder bestraft. Denn nun hat er wissentlich ein Delikt begangen, das sich nach § 23 des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen in Verbindung mit § 1 StGB. als Vergehen darstellt. Auch hier kann ihn der Irrtum nicht entschuldigen, Welch schädigende Wirkung solche Handhabung des Gesetzes auf die Disziplin und Gehorsamsfreudigkeit des Soldaten haben muß, bedarf keiner weiteren Erörterung. Der Untergebene müßte sich in jedem Falle eines befohlenen Deliktes fragen: „Verlangt der Befehl ein Vergehen? Dann wirst du bestraft, wenn du ihn befolgst. Oder verlangt er nur eine Uebertretung? Dann wirst du bestraft, wenn du ihn nicht befolgst." Mit Lust und Liebe führt der Untergebene den Befehl bestimmt nicht aus. In jedem Fall hat er eine Strafe zu befürchten. Die Gehorsamsfreudigkeit — die Grundlage jeder wahren Disziplin — ist vernichtet.

Nach der hier vertretenen Ansicht aber können derartige Konflikte für den Untergebenen nicht entstehen. Erkennt er den

---

94) Es mußte hier bereits einer späteren Erkenntnis vorgegriffen werden. Näheres hierüber s. unten unter IV. A.

Deliktszweck des Befehls und verweigert er deshalb den Gehorsam, so bleibt er auf jeden Fall straflos, da der Befehl (um dem Ergebnis schon einmal vorzugreifen) unverbindlich war, selbst wenn es sich nur um eine Uebertretung handelte. Der Offizier, der dem Befehl, Legitimationspapiere zu fälschen, nicht Folge leistet, bleibt straflos. Immer aber darf er ohne Bedenken auf die Rechtmäßigkeit des Befehls (die ja sehr häufig durch militärische Zwecke gegeben ist) [95]) vertrauen und wird mit größerer Gehorsamsfreudigkeit dem Befehle nachkommen, als wenn er in jedem Falle (der Ausführung oder der Nichtausführung) eine Strafe befürchten muß. Gerade den wertvollsten und sittlich höchststehenden Elementen in der Wehrmacht würde jegliche Achtung vor der Disziplin und jede Gehorsamsfreudigkeit verloren gehen, wenn man sie unter Strafandrohung zwingen könnte, die allgemein gültigen Strafgesetze und mithin die Autorität des Staates selbst als deren Schöpfer und Hüter zu mißachten.[96]) Während es doch gerade — wie unten unter IV noch ausführlicher dargelegt werden wird — der Sinn des § 47 ist, den Untergebenen im Interesse der Disziplin vor Konflikten zu bewahren, würde er nach der gegnerischen Ansicht erst recht in Konflikte hineingedrängt. Diese Ueberlegung allein müßte die Gegner schon zur Erkenntnis der Unrichtigkeit ihrer Theorie führen. Auch Battenberg, auf dessen Lehre erst unten näher eingegangen werden soll, erkennt klar, daß seine Theorie „zu dem äußerst unerwünschten Ergebnis führen muß, daß der Soldat in vielen Fällen nicht imstande ist, sich über die Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit eines Befehls klar zu werden. Schuld daran ist die schematische Abgrenzung des Gesetzes in Verbrechen und

95) vergl. oben III. A. 3.

96) Im Ergebnis mit dieser Ansicht übereinstimmend: Bauer, Annalen, S. 898 ff. Bauer erkennt zwar den unbedingten Gehorsam allen Befehlen in Dienstsachen gegenüber an. Aber „sobald der Befehl eine durch irgendeine gesetzliche Bestimmung untersagte Handlung zum Gegenstande hat (es sei denn, daß die Handlung durch ein anderes Gesetz unter gewissen, gesetzlich normierten Voraussetzungen ausnahmsweise gestattet ist), liegt eine Ueberschreitung der sachlichen Zuständigkeit des Befehlenden und somit kein Befehl in Dienstsachen vor. Dies gilt selbstverständlich nicht nur für Verbrechen und Vergehen, für welche es § 47 besonders erwähnt, sondern für jede durch eine giltige Vorschrift untersagte Handlung bis herab zur Uebertretung ortspolizeilicher Vorschriften." Bauer will sogar den Offiziersburschen, der „in Kenntnis eines bestehenden Verbots auf Befehl seines Herrn dessen Pferde auf einer fremden Wiese zureitet", bestrafen. Allerdings läßt sich diese Ansicht mit § 47 MStGB. kaum noch vereinbaren.

Vergehen einerseits, Uebertretungen andererseits, sowie die auch hier angewandte, logisch nicht folgerichtige und darum gefährliche Methode der neueren Gesetzgebung, das Primäre, die Gehorsamspflicht, durch das Sekundäre, die Verantwortlichkeit, zu bestimmen." [97]) Dieser Vorwurf trifft indessen nicht zu. Nicht den Gesetzgeber trifft die Schuld, sondern die falsche Konstruktion der gegnerischen Lehre, denn nirgends hat der Gesetzgeber ausgesprochen, daß er durch die Begrenzung der Verantwortlichkeit des Untergebenen dessen Gehorsamspflicht bestimmen wollte. Schließlich kommt selbst Battenberg zu dem Ergebnis: Um die Konsequenzen „könnte man nur herumkommen, wenn man die oben bekämpfte (hier vertretene) Auffassung annehmen wollte, und über deren absolute Unmöglichkeit kann wohl kein Zweifel bestehen".

In einem Punkte allerdings wird man denen, die einen absoluten Gehorsam (im Sinne der herrschenden Lehre) als notwendiges Mittel zur Erhaltung der Disziplin fordern, recht geben müssen: Die Disziplin, die Schlagkraft des Heeres, die „wesentlich in der telegrafischen Geschwindigkeit, mit welcher der Wille des Befehlenden sofort zur Gesamttat großer Massen von Individuen umschlägt",[98]) besteht, läßt eine Nachprüfung der Rechtmäßigkeit des Befehls seitens des Untergebenen nicht zu. Wenn damit auch eine solche Untersuchung, solange sie nicht zu einer Verzögerung der Befehlsausführung führt (!), nicht schlechthin verboten werden soll (etwa als Disziplinarübertretung i. S. des § 1 der Disziplinarstrafordnung für das Reichsheer), so kann doch ein „Recht" des Untergebenen zu einer solchen Prüfung — ein Recht, auf das sich der Untergebene berufen könnte — nicht anerkannt werden. Besteht aber ein solches Recht nicht, so kann natürlich auch ein Irrtum des Untergebenen, der sich als Ergebnis einer solchen Prüfung einstellt, niemals als entschuldbarer Irrtum im Sinne des § 59 Abs. 2 StGB. anerkannt werden. Denn wenn die Prüfung selbst in dem Sinne unzulässig ist, daß sie stets auf die Gefahr des Prüfenden geht, so beruht ein daraus hervorgegangener Irrtum allemal auf Fahrlässigkeit. Der Untergebene wäre also wegen fahrlässigen Ungehorsams zu bestrafen.[99])

---

97) Battenberg, S. 79 f.

98) Berner, Lehre von der Teilnahme, S. 281.

99) Aus praktischen Gründen wird hier einer späteren Ausführung schon einmal kurz vorgegriffen. Die ausführliche Behandlung dieses Themas folgt unten unter IV. A.

Die These aber, daß ein Soldat durch einen Befehl auch zur Begehung von Delikten verpflichtet werden könnte, läßt sich aus dem Gesichtspunkt der Disziplin nicht rechtfertigen, wohl aber widerlegen, da sie der Disziplin äußerst schädlich sein müßte.

Die Verbindlichkeit eines auf eine strafbare Handlung gerichteten Befehls läßt sich somit weder aus den §§ 47 und 92 MStGB. noch aus dem Gesichtspunkt der Erhaltung der Disziplin rechtfertigen.

Solange sich aber kein rechtlicher Grund dafür finden läßt, die Verbindlichkeit von deliktischen Befehlen anzuerkennen, muß die allgemeine Regel gelten: „Eine rechtlich verbotene Handlung kann nicht zugleich rechtlich geboten sein." Diese Regel ergibt sich ohne weiteres durch Umkehrung der allgemein anerkannten Rechtsregel: „Eine rechtlich gebotene Handlung kann nicht zugleich rechtlich verboten sein." [100]) Wenn nun aber der Gesetzgeber in den Strafgesetzen Verbote aufstellt, so werden diese keineswegs mit der Strafbarkeit zugleich aufgehoben. Denn — wie oben unter II. A. dargelegt — geben die Verbote objektive Richtlinien, die auch dann gelten, wenn der Täter straflos bleibt. Auch Kinder und Idioten haben kein „Recht" zu stehlen. Auch sie müssen das Diebesgut herausgeben. Auch ihres Angriffes darf sich der Betroffene mit Gewalt erwehren, wenngleich ihre Bestrafung ausgeschlossen ist. Der Ausschluß der Strafbarkeit hebt also das Verbotensein einer Handlung keineswegs auf. Verstößt nun aber ein Befehl eines Vorgesetzten gegen ein solches Verbot der Rechtsordnung, gegen ein Verbot des Staates, so ist nach allgemeinen Gesichtspunkten nicht nur der Befehl verboten, sondern auch die anbefohlene Handlung. Ist diese aber verboten, so kann sie nicht zugleich geboten sein. Der Befehl ist also unverbindlich, solange nicht besondere Gründe seine Ausführung gebieten. Die von den genannten Gegnern dieser Ansicht vorgebrachten Gründe sind jedoch nicht stichhaltig.

Von verschiedenen Seiten aus ist nun bereits versucht worden, diese gegnerischen Theorien zu widerlegen. Vor allem sind es M. E. Mayer und Graf zu Dohna, die dieser Lehre entgegengetreten sind. Beide gehen in ihren Betrachtungen hinsichtlich der Verbindlichkeit eines auf ein Delikt gerichteten Befehls [101]) von der Rechtmäßigkeit der anbefohlenen Handlung aus.

100) Graf zu Dohna, Recht und Irrtum, S. 9.

101) Die Rechtswidrigkeit eines Befehls, der auf eine rechtlich an sich erlaubte Handlung gerichtet ist, interessiert in diesem Zusammenhange nicht.

Nach Graf zu Dohna [102]) steht im Falle des § 47 Satz 1 „dem gehorchenden Untergebenen ein Schuldausschließungsgrund zur Seite, welcher jedoch an der objektiven Gesetzwidrigkeit der Maßregel naturgemäß nichts zu ändern vermag". Weiterhin sagt Graf zu Dohna, daß eine an und für sich rechtswidrige Handlung „nicht dadurch rechtmäßig wird, daß sie ein anderer vornimmt". Er folgert nun aus dem allgemein anerkannten Satze: [103]) „Eine rechtlich gebotene Handlung kann nicht zugleich rechtlich verboten sein, oder, anders ausgedrückt: die Erfüllung einer Rechtspflicht ist niemals rechtswidrig", daß „als Erfüllung einer Rechtspflicht . . . die Ausführung eines verbindlichen Befehls niemals rechtswidrig sein" kann. Durch Umkehrung dieses Satzes ergibt sich danach die These, „daß ein Befehl, dessen Ausführung rechtswidrig wäre, unter keinen Umständen verbindlich sein kann. Daher denn notwendigerweise rechtswidrige Befehle ausnahmslos unverbindlich sind." Nach den eingangs vorgebrachten Sätzen, daß die Ausführung eines deliktischen Befehls nicht r e c h t m ä ß i g sein kann, kann an dieser These nicht wohl gezweifelt werden.

Trotzdem ist die Lehre des Grafen zu Dohna von v. Ammon [104]) heftig angegriffen worden. Bis auf den zuletzt zitierten Satz erkennt v. Ammon zwar die Richtigkeit der Konstruktion an. Aber der Schluß auf die ausnahmslose Unverbindlichkeit rechtswidriger Befehle erscheint v. Ammon „überraschend". Er wäre nach seiner Ansicht „nur berechtigt, wenn die Ausführung rechtswidriger Befehle auch wirklich notwendig rechtswidrig wäre". Wenn Graf zu Dohna dies als selbstverständlich voraussetze, mache er sich einer „petitio principii" schuldig. Weiterhin behauptet dann v. Ammon: [105]) „Die Rechtswidrigkeit einer Handlung kann nicht losgelöst von der Person des Handelnden . . . bestimmt werden." Diesem Satze kann jedoch nicht zugestimmt werden. Ammon will damit sagen, daß ein und dieselbe Handlung im Hinblick auf eine Person rechtmäßig, im Hinblick auf eine andere rechtswidrig sein könne. Bei Richtigkeit dieses Satzes wäre allerdings die Theorie von der Objektivität der Rechtswidrigkeit, zu der sich v. Ammon selbst ausdrücklich bekennt, völlig untergraben. Nach heute allgemein herrschender Ansicht aber ist eine solche Betrachtungsweise völlig unmöglich. Am deutlichsten beleuchtet das

102) Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 140.
103) Graf zu Dohna, Recht und Irrtum, S. 9 f.
104) v. Ammon, S. 105 f.
105) v. Ammon, S. 106.

Sprichwort, das v. Ammon anfügt, das Unhaltbare dieser Auffassung: „Quod licet Iovi, non licet bovi." Dieser Vergleich dürfte zum mindesten recht unglücklich gewählt sein. Denn hiernach ist der befehlende Vorgesetzte, der das Delikt weder befehlen noch selbst begehen durfte, mit dem Rindvieh, der gehorchende Untergebene hingegen, der nach v. Ammons Ansicht zur Vornahme „berechtigt" ist, mit Jupiter verglichen. Daraus allein erhellt schon das Unhaltbare dieser Theorie. Zwar räumt der Staat manchen seiner Organe auf Grund deren größerer Einsicht Rechte ein, die er anderen, weniger einsichtsvollen Organen nicht einräumen kann. Aber das Umgekehrte dürfte wohl kaum zutreffen, daß dem Untergebenen „Rechte" zustehen, die dem Vorgesetzten versagt sind. Daß der Vorgesetzte auf Grund seiner besseren Einsicht zur Verantwortung gezogen wird, der Untergebene hingegen infolge der mangelnden Einsicht nicht, ist eine ganz andere Frage, welche allein die Schuld betrifft. Ein „Recht" ist damit keineswegs eingeräumt. Im Gegenteil, die Tatsache, daß überhaupt jemand verantwortlich gemacht wird, setzt eine rechtswidrige Handlung voraus. Welches die rechtswidrige Handlung ist, für welche der befehlende Vorgesetzte verantwortlich gemacht wird, sagt § 47 mit aller Deutlichkeit: „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich." Er ist also für die anbefohlene Handlung, für die Handlung des Untergebenen, verantwortlich, die mithin niemals rechtmäßig sein kann. Jedenfalls vom Standpunkt der Objektivität der Rechtswidrigkeit aus läßt sich ein anderes Ergebnis nicht rechtfertigen.

Auch nach M. E. Mayer [106]) kann „nur der rechtmäßige Befehl . . . verbindlich sein, während der rechtswidrige, der doch allein zu Zweifeln Anlaß gibt, niemals eine Gehorsamspflicht auszulösen vermag." M. E. Mayer führt den Beweis der Richtigkeit folgendermaßen: [107]) „Man kann die Verbindlichkeit des Befehls nur behaupten, wenn man die Widerrechtlichkeit der auf Befehl ausgeführten Handlung leugnet. . . . Die Gegner ersetzen den Widerspruch, der im Begriff des rechtswidrigen verbindlichen Befehls liegt, durch einen ebenso schlimmen. Das von ihnen heraufbeschworene thema probandum lautet nämlich, die Ausführung eines rechtswidrigen Befehls könne rechtmäßig sein, Unrecht könne auf dem Wege von der Anordnung zur Verwirklichung

106) M. E. Mayer, Befehl, S. 121.
107) a. a. O., S. 131 ff.

Recht werden. Es ist verlorene Mühe, die Metamorphose rechtfertigen zu wollen. Was in seinem Grunde Unrecht ist, kann nicht dadurch Recht werden, daß es ein anderer ausübt." Und weiter „eine Aufhebung der Untertanenpflicht (hinsichtlich der Beachtung der Strafgesetze) in dem Sinne, daß sie nicht mehr besteht, ist ausgeschlossen, eine Aufhebung in dem Sinne, daß die Pflichtverletzung nicht zugerechnet wird, ist sehr wohl möglich".

M. E. Mayer leugnet dann [108]) die Theorie des rechtswidrigen verbindlichen Befehls mit folgender Begründung: „Da aber ein so eklatant widerspruchsvolles Gebilde, wie es der rechtswidrige verbindliche Befehl ist, nur auf Grund eines Gesetzes oder eines Rechtsverhältnisses, das keine andere Wahl läßt, anerkannt werden kann, muß hier der Boden der allgemeinen Rechtslehre verlassen und das Gebiet des positiven Rechts betreten werden. Bis zum Beweis des Gegenteils ist die Rechtsordnung immer logisch."

Noch deutlicher spricht M. E. Mayer diese Ansicht im Allgemeinen Teil des Deutschen Strafrechts [109]) aus. Dort stellt er die Behauptung auf, daß Befehle, „die sowohl widerrechtlich als verbindlich sind, im geltenden Recht nirgends anerkannt sind und darüber hinaus in keiner Rechtsordnung anerkannt werden können, da ja Verbindlichkeit und Widerrechtlichkeit einander ausschließen. Würde ein Gesetzgeber irgendwo in dürren Worten widerrechtlichen Befehlen Verbindlichkeit beilegen, so stände die Interpretation vor der schlimmen Aufgabe, einen Widerspruch auflösen zu müssen, das wäre aber auch alles."

Im Ergebnis stimmt M. E. Mayer also völlig mit der hier vertretenen Auffassung überein, allerdings ist der eingeschlagene Weg nicht überaus glücklich. M. E. Mayer geht sicherlich zu weit, wenn er die Möglichkeit bindender rechtswidriger Befehle überhaupt leugnet. So bot er Battenberg und v. Ammon erhebliche Angriffspunkte.

Battenberg [110]) hält M. E. Mayer allgemein entgegen: „Wo . . . auf der einen Seite die Möglichkeit einer Normverletzung vorliegt, auf der anderen Seite aber durch Beschränkung oder Ausschaltung dieser Möglichkeit ein anderes, wichtigeres Interesse als das durch jene Norm geschützte gefährdet werden würde, da kann der Staat es auf die Verletzung jener Norm ankommen lassen, d. h. er kann dieses Interesse für unter allen Umständen

108) a. a. O. S. 137.
109) M. E. Mayer, Allgemeiner Teil, S. 333.
110) Battenberg, S. 3.

schutzwürdiger erklären, auch auf die Gefahr jener Normverletzung hin. . . . Genau so liegt es nun aber, wenn der Staat die Gewaltunterworfenen eines Subordinationsverhältnisses selbst dann zum Gehorsam verpflichtet, wenn der Befehl auf Ausführung einer strafbaren Handlung geht." Battenberg begründet diese Möglichkeit mit einer Güterabwägung des Gesetzgebers: Gehorsam — Beachtung der Strafgesetze. In ähnlicher Weise geht auch v. Ammon [111]) gegen M. E. Mayer vor: „Setzen wir einmal den Fall, daß der Gesetzgeber expressis verbis die Erteilung eines Befehls verbietet, trotzdem aber seine Befolgung verlangt, nicht etwa, weil ihm der dadurch eintretende Erfolg angenehm wäre, sondern weil er eben will, daß der Untergebene dem Vorgesetzten gehorche, kann man diese Regelung einfach beiseite schieben? Man mag sie als unvernünftig schelten — aber bekanntlich sind auch die Normen eines unvernünftigen Rechtsordners gültige Rechtssätze." Und weiter fügt Ammon hinzu: [112]) „Der Rechtsordner traut nun vielleicht dem Untergebenen nicht die Fähigkeit zu, zu erkennen, ob der Befehlsgeber von seiner Befehlsgewalt einen angemessenen Gebrauch macht. Andererseits hat er das Vertrauen zu dem Befehlsgeber, daß er nur rechtmäßige Befehle erteilen werde. Was liegt nun näher, als daß er in die Rechtsordnung den Satz aufnimmt, daß die Untergebenen alle Befehle ihres Vorgesetzten oder wenigstens Befehle einer bestimmten Art befolgen sollen, auch wenn sie sie für rechtswidrig halten, selbst wenn sie rechtswidrig sind?"

Wenn M. E. Mayer die Möglichkeit eines verbindlichen deliktischen Befehls überhaupt leugnet, so sind diese Gegenausführungen, vor allem die Battenbergs, durchaus zutreffend. Denn denkbar wäre eine entsprechende Anordnung des Gesetzgebers durchaus. Daher ist die vorliegende Untersuchung darauf gerichtet, festzustellen, ob sie nach geltendem Recht gewollt ist.

Soweit die Begründung M. E. Mayers sich allerdings darauf stützt, daß das anbefohlene Delikt stets rechtswidrig ist und mithin niemals geboten sein kann, treffen die Einwände Battenbergs und v. Ammons nicht zu.

Zu dem gleichen Ergebnis wie Graf zu Dohna und M. E. Mayer gelangt auch Rissom: [113]) „Die Rechtmäßigkeit des Befehls in Dienstsachen ist und bleibt die Voraussetzung seiner Verbindlichkeit." Rissom kommt jedoch zu diesem Ergebnis mehr auf

111) v. Ammon, S. 47.
112) a. a. O. S. 48.
113) Rissom, S. 233.

Grund von Zweckmäßigkeitserwägungen als auf Grund einer bestimmten wissenschaftlichen Konstruktion. Er unterzieht nämlich die Rechtsfolgen der Theorie des bindenden rechtswidrigen Befehls einer näheren Betrachtung. Danach sind nämlich außer dem rechtswidrigen verbindlichen Befehl „noch andere rechtswidrige Diensthandlungen eines Vorgesetzten denkbar, gegen die, soweit sie sich als Angriff darstellen, das Recht der Notwehr nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. . . . Zwischen der rechtswidrigen Diensthandlung, der widerstanden werden darf, und dem rechtswidrigen Befehl, dem nicht widerstanden werden darf, der vielmehr befolgt werden muß, klafft aber offenbar ein Widerspruch, der nach Ausgleichung verlangt." [114])

„Ein zweites Bedenken erwächst aus dem Umstande, daß der § 47 MStGB. die hier zu entscheidende Frage einseitig vom Standpunkt der Teilnahme heraus . . . behandelt. Es ist also allein an den Fall gedacht, daß die Befolgung des Befehls geeignet ist, eine Teilnahmehandlung des Untergebenen darzustellen. Dabei bleibt aber die andere Möglichkeit ganz unberücksichtigt, daß der Untergebene selbst der durch die Ausführung des Befehls Verletzte ist. . . . Da nun dieser Fall nicht durch § 47 MStGB. gedeckt wird, kann, wie es scheint, hier nur die Annahme einer grundsätzlichen Unverbindlichkeit des rechtswidrigen Befehls helfen." [115])

„Dies alles, zusammengehalten mit dem inneren Gegensatz, der im Begriffe des verbindlichen rechtswidrigen Befehls liegt, treibt dazu, nach einer anderen grundlegenden Anschauung zu suchen, welche die rechtlich verpflichtende Kraft des rechtswidrigen Befehls fallen läßt." [116])

Diese mehr auf Zweckmäßigkeitserwägungen als auf juristischer Konstruktion beruhende Begründung war allerdings wenig geeignet, die Gegner zu überzeugen.

Vor allem aber fehlte es auch nicht an Autoren, die sich bemühten, der Theorie des „bindenden rechtswidrigen Befehls" eine neue Grundlage zu geben.

So haben zunächst Battenberg und von Ammon den Versuch unternommen, entgegen diesen Theorien der Unverbindlichkeit deliktischer Befehle erneut den Nachweis zu erbringen, daß im geltenden Recht eine Pflicht auch zur Ausführung deliktischer

114) a. a. O. S. 231.
115) a. a. O. S. 231 f.
116) a. a. O. S. 232.

Befehle bestehe und daß die auf einen solchen Befehl hin vorgenommene Handlung folgerichtig nicht rechtswidrig sei.

Zwar ergibt sich eine solche Verpflichtung zur Ausführung deliktischer Befehle nach v. Ammons Ansicht nicht unmittelbar aus § 47 MStGB. Er erkennt an, daß aus der Straflosigkeit des Untergebenen nicht mit zwingender Logik auf die Verbindlichkeit des Befehls geschlossen werden kann. „Denn diese Straflosigkeit kann auch auf einem anderen Grunde beruhen als darauf, daß der Untergebene in Erfüllung einer Rechtspflicht handelte." [117]) Trotzdem glaubt v. Ammon aber durch Auslegung des § 47 unter Heranziehung der Vorgeschichte dieser Bestimmung eine Gehorsamspflicht auch bei deliktischen Befehlen konstruieren zu können: der § 47 MStGB. gehe nämlich auf den § 71 des Preußischen Militärstrafgesetzbuches von 1845 zurück, der fast Wort für Wort genau so laute:

„Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte in der Regel allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers

1. wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat; oder
2. wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche offenbar ein Verbrechen bezweckte."

Zwar werde auch hier nicht direkt die Gehorsamspflicht ausgesprochen; doch sei in früheren Anordnungen ein Standpunkt zum Ausdruck gelangt, „der dem Prinzip des absoluten Gehorsams zum allermindesten sehr sich nähert." [118]) Mit Rücksicht darauf könne der § 71 des Preußischen Militärstrafgesetzbuches nur dahin aufgefaßt werden, „daß in ihm Ausnahmen von der Regel anerkannt, Durchbrechungen der unbedingten Gehorsamspflicht für den Fall, daß dem Untergebenen die verbrecherische Natur des Befehls bekannt war, zugelassen sein sollten". v. Ammon beruft sich hier zunächst auf das „Dienstreglement für die kgl. preußische Infanterie" vom 30. September 1787 (Art. 1 Teil XI Ziffer 1).[119]) Es heißt dort: „Gleichergestalt haben Seine kgl. Majestät ungern hören müssen, daß die Befehle der Vorgesetzten von ihren Untergeordneten nicht immer mit schuldigem Gehorsam, Fleiß und Application vollzogen werden, ja daß einige Offiziere wohl, wenn etwas befohlen wird, zuvor darüber hin-

117) v. Ammon, S. 54.
118) v. Ammon, S. 55.
119) Abgedruckt bei van Calker, S. 80.

und herstreiten und erst ihre Meinungen vortragen, ob ein dergleichen Befehl für recht oder unrecht zu halten. Diese Wahrnehmung haben Seine kgl. Majestät bewogen, dergleichen subordinationswidriges Betragen hiermit aufs neue und schärfste bei Vermeidung Allerhöchst Dero Ungnade und strenger Ahndung zu verbieten und allen Ernstes zu befehlen, daß die Subordination unter den Offizieren eines Regiments von dem Chef bis zum jüngsten Fähnrich auf das Allergenaueste beobachtet werde."

Des weiteren nimmt v. Ammon Bezug auf die „Allerhöchste Kabinettsorder" vom 11. Mai 1821: [120]) „Die erste Pflicht des Soldaten ist unbedingter Gehorsam gegen die Dienstbefehle seiner Vorgesetzten und ihm ein Urteil über deren Rechtmäßigkeit oder ihre Folgen umso weniger zu gestatten, je bestimmter der Befehl und je größer seine Abhängigkeit zu dem Befehlenden ist."

Hiernach hat also nach v. Ammons Ansicht der Grundsatz des unbedingten Gehorsams bestanden, der dann durch § 71 des Preußischen Militärstrafgesetzbuches lediglich etwas eingeschränkt worden sei. Aus dieser Bestimmung sei nun wieder der § 47 unseres geltenden MStGB. entstanden. „Auch er (§ 47) will also, was in seinem Wortlaut allerdings nur undeutlich zum Ausdruck kommt, die Gehorsamspflicht des Untergebenen in der Weise regeln, daß er von der allgemein bestehenden die Fälle der Ziffer 2 ausnimmt." [121]) v. Ammon kommt so zu dem Ergebnis: [122]) „Nach § 47 MStGB. sind alle militärischen Befehle in Dienstsachen verbindlich, außer wenn dem Untergebenen bekannt ist, daß ‚der Befehl ein Verbrechen oder Vergehen bezweckt'."

Diese Argumentation v. Ammons ist jedoch in mehreren Punkten anfechtbar.

Weder in dem „Dienstreglement für die kgl. preußische Infanterie" vom 30. September 1787 noch in der „Allerhöchsten Kabinettsorder" vom 11. Mai 1821 ist auch nur die leiseste Rede von Befehlen, die ein Delikt zum Gegenstande haben. Vielmehr ist nach dem Wortlaut viel eher anzunehmen, daß die Kritik der Untergebenen an den Befehlen der Vorgesetzten verboten sein soll, und daß ein Prüfungsrecht des Untergebenen hinsichtlich des Befehls nicht bestehen soll. Wenn in diesem Zusammenhang in der „Allerhöchsten Kabinettsorder" gesagt wird, daß dem Untergebenen ein Urteil über die „Rechtmäßigkeit" des Befehls nicht zustehen soll, so müssen wir uns vergegenwärtigen, daß dieser

120) Abgedruckt bei Rissom, S. 225.
121) v. Ammon, S. 55.
122) a. a. O. S. 56.

Begriff noch um die Jahrhundertwende kein restlos geklärter war, ja daß selbst heute noch das Reichsgericht und das Reichsmilitärgericht [123]) unter Rechtmäßigkeit eines Befehls etwas anderes verstehen, als nach der hier vertretenen Auffassung darunter verstanden wird. Umso weniger darf man dieses Wort aus dem Jahre 1821 im heutigen Sinne auffassen. Vielmehr läßt der ganze Inhalt der beiden genannten Verordnungen — ohne ihnen irgendwelchen Zwang anzutun — ohne weiteres den Schluß zu, daß mit „Rechtmäßigkeit oder ihre Folgen" soviel wie Zweckmäßigkeit oder auch Gerechtigkeit (im volkstümlichen Sinne) gemeint ist. Unterstrichen wird diese Auffassung noch durch einen Vergleich der genannten Verordnungen mit den ganz ähnlich lautenden Motiven zum Bayerischen Militärstrafgesetzbuch von 1869. Auch hier heißt es: „Eine Kritik, ein Raisonnement über denselben (den Befehl), eine Prüfung seiner Zulässigkeit durch den Untergebenen ist ausgeschlossen." Der Wortlaut ähnelt also den genannten preußischen Verordnungen auffallend. Trotzdem kommt in den weiteren Ausführungen deutlich zum Ausdruck, daß eine Pflicht zur Befolgung deliktischer Befehle n i c h t besteht. [124]) Jedenfalls geht aus den beiden preußischen Verordnungen in keiner Weise hervor, daß eine Rechtmäßigkeit im heutigen strafrechtlichen Sinne gemeint war und daß eine Verpflichtung des Untergebenen zur Begehung strafbarer Handlungen begründet werden sollte. Vor allem aber, wenn wir bedenken, daß die brandenburgischen Kriegsartikel, die Vorläufer des Preußischen Militärstrafgesetzbuches, eine Gehorsamspflicht gegenüber deliktischen Befehlen nicht kannten,[125]) hätten die beiden zitierten Verordnungen, wenn sie eine solche hätten einführen wollen, dies zweifellos wesentlich deutlicher ausgedrückt. Da in ihnen aber von deliktischen Befehlen überhaupt keine Rede ist, kann ihnen ein solcher Inhalt auch nicht nachträglich beigelegt werden. Vielmehr besagen diese beiden Verordnungen, daß dem Untergebenen

123) RMG. 10 228, wonach auch deliktische Befehle rechtmäßig sein können, wenn sie nur „an sich" in den Kreis der Zuständigkeit des Vorgesetzten fallen.

124) Näheres hierüber vergleiche unten S. 47 f.

125) vergl. Eberhard Hoyer (zitiert nach Battenberg, S. 21), Kommentar zu Art. 15 des brandenburgischen Kriegsrechts von 1656: „Allhier wird eine Regul gegeben, wie weit sich der Officierer Commendo erstrecken solle, nemlich so weit sich der gnädigsten Herrschaft und Dero Landes bestes erstreket, und weiter nicht. Wenn nun ein Officirer hier wider etwas befiehlet, so ist ihm keiner zu pariren, sondern bey der Obrigkeit anzumelden, umb über dessen unziemlichen Commendo sich zu beklagen schuldig."

ein Recht zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Befehls nicht zusteht, daß er also, wenn er trotzdem eine solche Prüfung vornimmt, die Gefahr trägt, sich geirrt zu haben und wegen Ungehorsams bestraft zu werden.[126])

Bestand aber eine solche Regel des absoluten Gehorsams im preußischen Militärrecht vor 1845 nicht, so kann auch § 71 des Preußischen Militärstrafgesetzbuches von 1845 keine Ausnahme davon enthalten, also den Grundgedanken stillschweigend übernommen haben.

Der Wortlaut dieses Paragraphen spricht auch tatsächlich gegen eine solche Auslegung. Wenn es dort heißt, daß der Untergebene straflos bleibe, außer wenn ihm bekannt gewesen ist, daß die Handlung ein „Verbrechen" bezweckte, so müssen wir uns vergegenwärtigen, daß hierunter jede strafbare Handlung zu verstehen war, denn die Dreiteilung der Delikte in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen war z. Zt. der Entstehung des Preußischen Militärstrafgesetzbuches noch unbekannt und taucht im Zivilstrafgesetzbuch von 1851 zum erstenmal im preußischen Recht auf. Also auch der Untergebene, der wissentlich auf Befehl eine Uebertretung beging, wurde bestraft. Nur wenn er den deliktischen Zweck des Befehles nicht erkannt hatte, blieb er straflos. Damit ist aber noch lange nicht die Verbindlichkeit des Befehls begründet. Hier würde sonst der Gesetzgeber die Verbindlichkeit des Befehls einzig und allein von der Einsicht des Untergebenen abhängig gemacht haben. Wir kämen damit zu dem Ergebnis, daß der intelligente Untergebene, der den deliktischen Zweck durchschaut, wegen des Deliktes bestraft würde, wenn er gehorchte, der minder intelligente Untergebene hingegen, der den Deliktszweck nicht durchschaut, würde wegen Ungehorsams bestraft, wenn er nicht gehorchte. Es ist schwerlich anzunehmen, daß der Gesetzgeber des § 71 des Preußischen Militärstrafgesetzbuches die Verbindlichkeit eines Befehls von der mehr oder minder großen Einsicht des Untergebenen abhängig machen wollte. Vielmehr wird es auch seine Absicht gewesen sein, allenfalls das Prüfungsrecht des Untergebenen einzuschränken, obwohl auch dies sehr undeutlich zum Ausdruck kommt.

Doch selbst, wenn der Sinn des § 71 des Preußischen Militärstrafgesetzbuches der von v. Ammon bezeichnete gewesen wäre, so kann doch damit immer noch nicht auf den Sinn des heutigen § 47 geschlossen werden. Ist dieser auch ungefähr seinem Wortlaut nach vom preußischen Landesrecht in das deutsche Reichs-

126) Näheres hierüber vergl. unten unter IV. A.

recht übernommen worden, so ist damit doch keineswegs gesagt, daß auch die dort angeblich geltenden ungeschriebenen Rechtsgrundsätze zugleich mit übernommen worden sind. Zur „Vorgeschichte" des heutigen § 47 MStGB. gehört doch nicht nur die preußische Vorgeschichte, sondern auch zugleich die der übrigen deutschen Staaten, deren Militärstrafgesetzbücher ebenfalls Bestimmungen enthielten, deren Wortlaut in den meisten Fällen weitgehend mit dem des preußischen § 71 übereinstimmt. Dabei tritt in manchen dieser Bestimmungen der Grundsatz der Unverbindlichkeit deliktischer Befehle sehr deutlich hervor.

Als Beispiel sei das Bayerische Militärstrafgesetzbuch vom 29. April 1869 angeführt. Der Artikel 65 daselbst [127]) lautete folgendermaßen: „Der Befehl zur Begehung einer strafbaren Tat macht in der Regel den Untergebenen n i c h t straflos. Jedoch macht der dienstliche Befehl eines Vorgesetzten, durch dessen Ausführung ein Strafgesetz verletzt wurde, den Untergebenen dann straflos, wenn er weder den ihm erteilten Befehl überschritten, noch gewußt hat, daß durch Ausführung des Befehls nur die Verübung eines Verbrechens oder Vergehens bezweckt werde. In allen Fällen bleibt der Befehlende strafrechtlich verantwortlich."

Hier ist nun selbst für diejenigen, die von der grundsätzlichen Unverantwortlichkeit des Untergebenen nach § 47 des preuß. MStGB. auf die Verbindlichkeit des Befehls schließen wollen, deutlich genug zum Ausdruck gebracht, daß der deliktische Befehl stets unverbindlich ist; denn wer von der grundsätzlichen Unverantwortlichkeit des Untergebenen auf die Verbindlichkeit des Befehls des Vorgesetzten schließt, muß konsequenterweise auch von der grundsätzlichen Verantwortlichkeit auf die Unverbindlichkeit des Befehls schließen.

Betrachten wir nun noch die Motive zum Bayerischen Militärstrafgesetzbuch von 1869: [128])

„Eine Kritik, ein Raisonnement über denselben (den Befehl), eine Prüfung seiner Zulässigkeit durch den Untergebenen ist ausgeschlossen. Daraus folgt mit Consequenz, daß der Untergebene den Befehl unbedingt vollziehen muß . . . ."

Bei Betrachtung dieser Motive muß jedem vorurteilsfreien Leser auffallen, daß sie dasselbe besagen, wie die beiden von v. Ammon angeführten Verlautbarungen des preußischen Rechts. Hier ist nun sicherlich nur das Prüfungsrecht des Untergebenen

127) Abgedruckt bei van Calker, S. 83.
128) Abgedruckt bei van Calker, S. 84.

eingeschränkt, während die Verbindlichkeit des Befehls nicht berührt wird. Von einer Pflicht zur Begehung strafbarer Handlungen ist keine Rede, im Gegenteil, es heißt ausdrücklich weiter: „selbst die Pflicht des unbedingten Gehorsams hört auf, wenn sie mit höheren Pflichten . . . dergestalt in Collision kommt, daß ohne Verletzung dieser höheren Pflicht dem Befehle des Vorgesetzten nicht Gehorsam geleistet werden kann."

Allein diese Erkenntnis der auffallenden Uebereinstimmung der bayerischen Motive mit den preußischen Verordnungen sollte schon zu der Ueberzeugung führen, daß auch den beiden von v. Ammon angeführten Verordnungen kein anderer Sinn innewohnen kann. Stellen wir die entsprechenden preußischen und bayerischen Bestimmungen vergleichend gegenüber, so besagen beide im Grunde das gleiche, nur drückt § 71 des Preußischen Militärstrafgesetzbuches dasselbe negativ aus, was der entsprechende Artikel 65 des Bayerischen Militärstrafgesetzbuches positiv zum Ausdruck bringt: Der gehorchende Untergebene bleibt von Strafe frei, wenn er im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit eines Befehls dessen deliktischen Zweck nicht klar erkannt hat. Der Unterschied der beiden Bestimmungen besteht lediglich darin, daß der bayerische Artikel 65 von der grundsätzlichen Strafbarkeit des Untergebenen ausgeht, dieser also erst darlegen muß, daß er den deliktischen Zweck des Befehls nicht gekannt habe, während der preußische § 71 von der Gutgläubigkeit des Untergebenen ausgeht, diesem also im Falle seiner Strafbarkeit die Kenntnis des Deliktszweckes nachgewiesen werden muß. Mehr aber ist in der Unterschiedlichkeit der Fassung nicht enthalten.

Hat sich nun der Gesetzgeber des Deutschen Reiches für die Fassung des alten preußischen Paragraphen entschieden, so darf doch in diese Bestimmung nicht mehr hineingelegt werden, als wirklich darin enthalten ist, zumal von einem deutschen Gewohnheitsrecht, wie die bayerische Fassung zur Genüge beweist, keine Rede sein kann. Im Gegenteil, Bayern konnte — ohne von seiner bisherigen, klar ausgedrückten, Rechtsauffassung abzuweichen — unbedenklich der jetzigen Fassung des § 47 zustimmen, denn diese erstrebt ja lediglich eine Umkehrung der Beweislast, eine Vermutung für die Schuldlosigkeit des Untergebenen.

Von einer Verbindlichkeit eines auf ein Delikt gerichteten Befehls ist also im § 47 MStGB. nichts gesagt. Die Beweisführung v. Ammons kann nicht als richtig anerkannt werden.

Am deutlichsten aber erhellt die Unhaltbarkeit der Theorie v. Ammons aus der notwendigen Konsequenz, daß die anbefohlene Handlung als „Rechtspflicht" auch rechtmäßig sein muß. Da für eine rechtmäßige Handlung aber niemand verantwortlich gemacht werden kann, so könnte auch kein Vorgesetzter wegen eines noch so verbrecherischen Befehls bestraft werden.

Mit Recht sagt in diesem Sinne M. E. Mayer: [129]) „Die Ausführung eines rechtswidrigen Befehls ist unter allen Umständen eine rechtswidrige Handlung. Die Annahme, der Befehl vermöge die Handlung ihrer Widerrechtlichkeit zu entkleiden, scheitert an der Tatsache, daß der Befehlende (als Anstifter oder mittelbarer Täter) für die Ausführung des Befehls verantwortlich gemacht wird, — sie scheitert daran, weil Unrechtsfolgen, in Sonderheit Strafen, gewiß nicht an rechtmäßige Handlungen geknüpft sein können."

Wenn v. Ammon hiergegen einwendet,[130]) der Befehlende werde doch „wegen seiner rechtswidrigen Befehlsgebung, nicht wegen der rechtmäßigen Befehlsausführung des Untergebenen bestraft", so gerät er hiermit — wie bereits dargelegt — in offenen Gegensatz zum Gesetz: „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich."

v. Ammon versucht, die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft an Hand einer komplizierten Konstruktion — im Anschluß an Beling [131]) — dennoch unter Beweis zu stellen. Nach seiner Ansicht [132]) unterscheidet die Rechtsordnung „Handlungen" und „Zustände als Objekt rechtlicher Wertung". „Denn bei den Ueberlegungen des Rechtsordners bildet regelmäßig die Frage den Ausgangspunkt: Welcher Zustand ist mir angenehm und welcher nicht? Und erst nach diesen Erwägungen fragt er sich, durch welche gebietende und verbietende Rechtssätze die Herbeiführung und Aufrechterhaltung bezw. die Beseitigung und Fernhaltung eines solchen Zustandes zu erreichen ist. Daraus geht als Regel hervor, daß der Rechtsordner Handlungen, die auf Schaffung eines Zustandes gerichtet sind, den er billigt, der also rechtmäßig ist, ebenfalls für rechtmäßig erklären, und daß er zum anderen Handlungen, die die Tendenz zur Herbeiführung rechtswidriger Zustände haben, als rechtswidrig verdammen wird.

---

129) M. E. Mayer, Allg. Teil, S. 334.
130) v. Ammon, S. 104.
131) Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 172 ff.
132) v. Ammon, S. 13 ff.

Es ergibt sich also im allgemeinen: Rechtmäßige Handlung — rechtmäßiger Zustand, rechtswidrige Handlung — rechtswidriger Zustand." Trotzdem muß aber nach v. Ammons Ansicht die Eigenschaft des Handlungserfolges nicht notwendigerweise die gleiche sein, als die der Handlung selbst. Denn „zuweilen sieht sich der Rechtsordner genötigt, Handlungen zu werten, deren Erfolg noch im Dunkeln liegt. Möglich, daß er ihm erfreulich, möglich aber auch, daß er ein unerfreulicher ist. . . . Die angeordneten Handlungen sind rechtmäßig, auch wenn sie vorhandene Interessen verletzen, auch wenn ihr tatsächlicher Erfolg wenig erfreulich ist." [133]) v. Ammon folgert hieraus die Möglichkeit rechtmäßigen Handelns mit rechtswidrigem Erfolg. Daraus folgert er dann weiter: [134]) Wenn auch die Handlung des auf einen Befehl Gehorchenden rechtmäßig ist, so kann doch der Erfolg rechtswidrig sein. Für diesen Erfolg ist dann der befehlende Vorgesetzte verantwortlich zu machen. Da es aber an einer Ausführungshandlung aus eigener Verantwortung des Untergebenen fehlt, so kommt es auf die Veranlassungshandlung an. Der befehlende Vorgesetzte ist also als mittelbarer Täter zu bestrafen.

Hier begeht nun aber v. Ammon einen doppelten Fehler: Unterstellen wir einmal die Richtigkeit seiner Theorie von den rechtswidrigen Zuständen. Würde hiernach der Rechtsordner einen Zustand für rechtswidrig erklären, dessen Herbeiführung (die Handlung) jedoch für rechtmäßig, so muß diese Herbeiführung angesichts der Objektivität der Rechtmäßigkeit auch für j e d e n rechtmäßig sein, auch für den befehlenden Vorgesetzten. Dieser kann also niemals als mittelbarer Täter bestraft werden.

Doch darüber hinaus kann die Theorie von den rechtmäßigen Handlungen mit rechtswidrigem Erfolg nicht anerkannt werden. Eine solche Unterscheidung kennt unser deutsches Recht nicht. Es geht nicht an, einen Erfolg, weil er „unerfreulich" ist, als „rechtswidrig" zu bezeichnen. Jede menschliche Rechtsordnung ist unvollkommen. Eine absolute Gerechtigkeit wird keine menschliche Rechtsordnung herbeiführen können. Aber eins kann sie herbeiführen: ein erhebliches Maß von Rechtssicherheit. Daß hier oft willkürliche Grenzen gezogen werden müssen, ergibt sich schon aus der mangelnden Voraussicht des innerhalb dieser Grenzen Möglichen. Daß dabei manches „Unerfreuliche" für „rechtmäßig" erklärt wird, ist unvermeidlich. Darum ist es aber keineswegs angängig, alle unerfreulichen Zustände als „rechts-

133) v. Ammon, S. 16.
134) a. a. O. S. 86 ff.

widrig" zu bezeichnen. So ist auch das einzige von v. Ammon für seine Theorie angeführte Beispiel nicht stichhaltig: die Akte des Strafprozesses gegen einen Unschuldigen. Die Einsperrung des rechtskräftig verurteilten Unschuldigen ist rechtmäßig! Nicht nur die Einsperrungshandlung — nein, gerade der Zustand! Dieser Satz klingt zunächst etwas hart. Aber bei näherer Betrachtung wird nicht nur die Richtigkeit, sondern auch die Zweckmäßigkeit dieser Ansicht einleuchten. Der Rechtfertigungsgrund für die Einsperrung ist nicht die Schuld des Angeklagten, sondern das rechtskräftige Urteil. Wenn der Gesetzgeber die Einsperrung des rechtskräftig Verurteilten befiehlt, so ist er sich zweifellos darüber klar, daß auch Fehlurteile vollstreckt werden. Aber diese Urteile sanktioniert der Gesetzgeber dadurch, daß er ihnen unter bestimmten Voraussetzungen die „Rechtskraft" verleiht. Er nimmt damit auch ungerechte Strafvollstreckung in Kauf, und zwar bewußt, indem er nämlich abwägt: Es ist besser, daß einmal ein einzelner unschuldig Strafe erleidet, als daß Tausende von Schuldigen straffrei ausgehen und der Volksgemeinschaft weiteren Schaden zufügen. Und nicht die Einsperrungs h a n d l u n g ist es, die der Gesetzgeber aus diesem Grunde für rechtmäßig erklärt, nein, gerade auf den Erfolg, auf den Zustand der Einsperrung eines jeden rechtskräftig Verurteilten kommt es ihm an.

Ganz ähnlich verhält es sich mit der Untersuchungshaft des Unschuldigen. Hier erklärt der Gesetzgeber die Einsperrung des „Verdächtigen" für rechtmäßig. Hier rechnet er sogar in sehr hohem Maße mit der Behelligung Unschuldiger. Und trotzdem erklärt er aus Zweckmäßigkeitsgründen diesen Zustand für rechtmäßig. Höhere Staatsinteressen, das Interesse an der Aufklärung von Verbrechen, sind der tiefere Grund für die Rechtmäßigkeit der Einsperrung.

Auch der Einwand v. Ammons,[135]) daß der Staat für unschuldig erlittene Haft eine Entschädigung zahle, spricht keineswegs für die „Rechtswidrigkeit" der Einsperrung. Hier sind es lediglich Billigkeitserwägungen, die den Gesetzgeber zu dieser Bestimmung veranlaßt haben. Solche Entschädigungen aus Billigkeitsgründen kennt unsere Rechtsordnung in mehreren Fällen. Nach den Enteignungsvorschriften z. B. ist bei überwiegendem Staatsinteresse die Entziehung verschiedener Rechte für rechtmäßig erklärt. Auch hier wird dem Betroffenen für die rechtmäßige Enteignung eine billige Entschädigung in Geld gewährt. Genau so ist es bei der Untersuchungshaft. Hier wird die Ent-

135) v. Ammon, S. 17.

schädigung für die rechtmäßige Entziehung der Freiheit gewährt.[135a])

Es kann also der Beweis dafür, daß unsere Rechtsordnung „rechtswidrige Zustände" als Ergebnis rechtlich gebotener Handlungen anerkennt, nicht als erbracht angesehen werden. Die Konstruktion v. Ammons erscheint unhaltbar.

Von einem anderen Standpunkt aus hat bereits vor v. Ammon Battenberg die Existenz des bindenden rechtswidrigen Befehls zu rechtfertigen versucht. Sein Angriff richtete sich besonders gegen M. E. Mayer. Auch nach Battenbergs Ansicht ist der deliktische Befehl aus ähnlichen Gründen wie bei v. Ammon, mit Ausnahme der Fälle des § 47 Ziffer 2, verbindlich. Battenberg sucht jedoch zu beweisen, daß die anbefohlene Handlung trotzdem rechtswidrig, aber schuldlos sei. Er kommt dann allerdings plötzlich zu dem überraschenden Ergebnis: [136]) „Da nun aber eine Kompetenz zur Erteilung rechtswidriger Befehle niemals bestehen kann, so können solche auch niemals Ausdruck des Staatswillens sein. Durch die bedingungslose Unterordnung des Untergebenen unter den Vorgesetzten ist letzterem allerdings die faktische, niemals aber die rechtliche Möglichkeit zur Erteilung und Durchführung rechtswidriger Befehle gegeben. Nur das aber, was ein Staatsorgan rechtlich kann, d. h. tun darf, ist ‚Ausdruck des Staatswillens'." Eine solche Unterscheidung zwischen faktischer und rechtlicher Möglichkeit ist jedoch völlig unhaltbar. Battenberg löst das Problem des rechtswidrigen bindenden Befehls, indem er seine anfänglich zugegebenen Voraussetzungen nachträglich leugnet. Besteht nämlich für den Vorgesetzten keine „rechtliche Möglichkeit" zur Erteilung und Durchführung rechtswidriger Befehle, so entfällt damit doch automatisch die rechtliche Verbindlichkeit deliktischer Befehle! Weiterhin ist es aber auch unmöglich, ein und dieselbe Handlung — die Befehlsausführung des Untergebenen — in Gehorsam und Verbrechen zu spalten. Wenn Battenberg sagt: [137]) „Der Gehorsam als solcher ist Rechtspflicht; die vom Vorgesetzten befohlene rechtswidrige Handlung ist aber keine Rechtspflicht", so trennt Battenberg

135a) Vergl. auch Graf zu Dohna, Strafprozeßrecht S. 270: „Wäre es verboten, einen Unschuldigen zu verhaften, so bliebe unbegreiflich, wie das Gesetz dazu kommt, zu gestatten, daß die Verhaftung erfolgt zu einer Zeit, wo die Schuld doch gerade noch nicht festgestellt ist. In Wirklichkeit aber ist die Anwendung des Zwanges beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen erlaubt und kann eben deshalb nicht rechtswidrig sein."

136) Battenberg, S. 89.

Untrennbares. Denn ein und dieselbe Handlung, die sich begrifflich nicht teilen läßt, wäre nach seiner Ansicht gleichzeitig rechtlich geboten und rechtlich verboten. Ein völliger Widerspruch in sich selbst! Wenn Battenberg dann weiterhin feststellt: [137]) „‚Rechtmäßig' ist die Handlung des Untergebenen nur in staatsrechtlicher Beziehung, d. h. eben als die vom Staate geforderte Gehorsamspflicht an sich; . . . im übrigen aber, ihrem konkreten Inhalt nach, ist und bleibt seine (des Untergebenen) Handlung . . . rechtswidrig", so muß dem entgegengehalten werden, daß diese Auffassung mit der Einheitlichkeit und Widerspruchslosigkeit unserer gesamten Rechtsordnung, die heute wohl allgemein anerkannt ist, schlechterdings unvereinbar ist. Eine Handlung, die das Staatsrecht gebietet, kann keine andere Rechtsdisziplin verbieten.

Neuerdings hat noch Eberhard Schmidt einen Angriff auf die Lehre von Graf zu Dohna und M. E. Mayer unternommen: [138]) „Man leugnet die Verbindlichkeit, gibt aber dem Untergebenen nicht nur kein Prüfungsrecht, sondern verlangt von ihm, daß er sich auf die Rechtmäßigkeit des Befehls verlasse, und läßt eine etwaige Gehorsamsverweigerung auf seine Gefahr gehen, d. h. also: Wenn der Untergebene aus bestem Glauben die Rechtswidrigkeit und damit nach herrschender Lehre die Unverbindlichkeit annimmt, der Richter aber zu einem anderen juristischen Ergebnis gelangt und die Rechtmäßigkeit feststellt, so wird der Untergebene, ungeachtet seines guten Glaubens, wegen Ungehorsams bestraft. Auf der Basis der Voraussetzungen der herrschenden Lehre halte ich dieses Ergebnis für eine grobe Ungerechtigkeit; und dem im militärischen Leben notwendigen einfachgeradlinigen Denken entspricht die gekünstelte Konstruktion meines Erachtens nicht. . . . Da halte man lieber an der Verbindlichkeit des rechtswidrigen Befehls . . . fest."

Die Frage des Prüfungsrechtes konnte bisher nur kurz gestreift werden. [139]) Der später ausführlicher vorzunehmenden Untersuchung muß aber, da die Frage hier einmal angeschnitten worden ist, schon an dieser Stelle vorgegriffen werden: Ein Prüfungs r e c h t des Untergebenen hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Befehls besteht nicht! Um so weniger ist die „grobe Ungerechtigkeit" einzusehen, wie das „Gekünstelte" an dieser Konstruktion. Wenn dem Untergebenen kein Prüfungsrecht einge-

137) Battenberg, S. 90.
138) Eberhard Schmidt, Militärstrafrecht, S. 59.
139) vergl. oben S. 36.

räumt wird, so wird er im allgemeinen jedem Befehl Folge leisten, dessen Rechtswidrigkeit ihm nicht klar vor Augen tritt. Nimmt er die Rechtswidrigkeit nur an, d. h. ist er auf Grund einer Prüfung, zu der er nicht berechtigt war, zu einem falschen Ergebnis gelangt, so wird er nach der Lehre Eberhard Schmidts ebenso bestraft, wie nach der hier vertretenen Auffassung. Es ist doch selbst „auf der Basis der Voraussetzungen" der hier vertretenen Lehre nicht ungerecht, wenn der Irrtum eines Untergebenen als unbeachtlich bezeichnet wird, der auf Grund einer unzulässigen Kritik an einem Befehl eines Vorgesetzten — also zum mindesten auf Grund einer Fahrlässigkeit [140]) — entstanden ist. Andererseits ist auch nichts „Gekünsteltes" an dieser Konstruktion. Eberhard Schmidt spricht [141]) selbst von der „juristisch-logischen Gleichung Rechtswidrigkeit — Unverbindlichkeit" und verwirft sie nur deshalb, weil sich „das Rechtsleben . . . mitunter der Logik zu entziehen" habe (!).[142]) Solange aber etwas logisch ist, trifft zum mindesten der Vorwurf der „gekünstelten Konstruktion" nicht zu. Auch die Frage des Prüfungsrechtes ist in denkbar einfachster Weise mit „nein" beantwortet.

Die positive Lösung, die Eberhard Schmidt dann gibt, ist die oben [143]) bereits widerlegte, nach der die §§ 92 ff. „die unbedingte Gehorsamspflicht als Grundlage der militärischen Disziplin" begründen und § 47 Ziffer 2 hiervon die einzige Ausnahme schafft.

In allerletzter Zeit hat sich Schwinge gegen die Theorie der Unverbindlichkeit rechtswidriger Befehle gewandt. Er leugnet, daß man aus strafrechtlichen Vorschriften überhaupt etwas über die Verbindlichkeit des Befehls entnehmen könne. Insbesondere habe § 47 nichts zu tun „mit der prinzipiellen Frage, ob und wann für den Untergebenen eine Gehorsamspflicht gegenüber rechtswidrigen Befehlen besteht; sie hat in dieser Vorschrift keine grundsätzliche Regelung gefunden, ist vielmehr ausschließlich eine Frage des Verwaltungsrechts".[144]) Nach Schwinges Ansicht handelt es sich beim rechtswidrigen Befehl um einen fehlerhaften Verwaltungsakt, der doch gültig ist, „trotzdem im Entstehungsvorgang Mängel vorgekommen sind". Dies beruhe auf der strengen Betonung der Gehorsamspflicht im Wehrrecht. „Die Pflicht, dienstlichen Befehlen zu gehorchen, geht der Pflicht, fremde

140) Der nicht auf Fahrlässigkeit beruhende Irrtum entschuldigt auch nach der hier vertretenen Auffassung. Vergl. unten IV. A.

141) a. a. O. S. 59.

142) a. a. O. S. 58.

143) Vergl. oben S. 30 ff.

144) Schwinge, S. 101.

Rechtsgüter zu achten, vor, weil dem Staat das Interesse an strikter Wahrung jederzeitiger Schlagfertigkeit des Heeres wichtiger ist als das Interesse an Einhaltung der Strafrechtsordnung." [145])

Dieser Argumentation Schwinges kann nicht zugestimmt werden. Gewiß gibt es Verwaltungsakte, die deshalb fehlerhaft sind, weil sie nicht mit den Gesetzen übereinstimmen, weil sie nicht erlassen werden durften, die aber dennoch solange als gültig behandelt werden, bis eine zur Nachprüfung zuständige Behörde sie für ungültig erklärt.[146]) Zu dieser Art von Verwaltungsakten gehört aber niemals der Befehl zu einer strafbaren Handlung. Ein solcher stellt nach allgemeiner Meinung im Beamtenrecht stets eine Machtüberschreitung des Befehlenden dar und ist daher nichtig. Leider wird aber von Schwinge — wie von vielen anderen Autoren — vollkommen übersehen, daß in der Strafbarkeit der anbefohlenen Handlung gar keine Steigerung im Vergleich zur Tatbestandsmäßigkeit liegt, sondern daß mit der Rechtswidrigkeit der anbefohlenen Handlung gleichzeitig deren Strafbarkeit gegeben ist. Daß es nun im Militärrecht nicht anders ist als im Beamtenrecht, beweist § 115 MStGB., nach welchem der Vorgesetzte, der einen Untergebenen zu einer von diesem begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat, bestraft wird. Er kann folglich niemals zum Anbefehlen strafbarer Handlungen „ermächtigt" sein. Auch in keiner verwaltungsrechtlichen Vorschrift ist ein gegenteiliger Gedanke zum Ausdruck gelangt.

Unterstellen wir die Richtigkeit der These Schwinges, daß die Frage der Verbindlichkeit des rechtswidrigen militärischen Befehls ausschließlich im Verwaltungsrecht geregelt sein müsse, so bleibt doch zu berücksichtigen, daß § 47 MStGB. — wie oben dargelegt und im folgenden Kapitel III. B. 2. noch eingehender ausgeführt werden wird — davon ausgeht, daß eine Verbindlichkeit deliktischer Befehle nicht besteht. Wollte man aber behaupten, der Gesetzgeber sei im § 47 von einer falschen Voraussetzung ausgegangen, so bedürfte dies zum mindesten eines sehr eingehenden Nachweises. Von Schwinge ist ein solcher nicht erbracht worden.

Im Rahmen des Verwaltungsrechts behandeln ferner Otto Mayer und Jellinek ausführlich die Verbindlichkeit des Beamtenbefehls. Nach Otto Mayers Ansicht [147]) wird der Dienstbefehl

145) Schwinge, S. 102.
146) vergl. Otto Mayer, Bd. I, S. 95.
147) Otto Mayer, Bd. II, S. 190.

„unverbindlich in dem Sinne, daß er dem Strafgesetz gegenüber auch unfähig ist, seine Gültigkeit wirksam für den Untergebenen zu bezeugen; der Untergebene hat das Recht, gegebenenfalls den Gehorsam zu verweigern". Auch nach Jellineks Ansicht [148]) ist der deliktische Beamtenbefehl stets unverbindlich.

Im ausgesprochenen Gegensatz zu Schwinge weisen aber Otto Mayer und Jellinek darauf hin, daß die Verbindlichkeit des militärischen Befehls abweichend vom Beamtenrecht durch die Sonderbestimmung des § 47 MStGB. geregelt sei. Eine Auslegung dieser Bestimmung geben beide nur ganz beiläufig und ohne jede Begründung. Nach Jellinek gilt die Regel der Unverbindlichkeit deliktischer Befehle im Militärrecht nur für solche, „welche die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens, also nicht die einer Uebertretung, bezwecken". [149]) Otto Mayer sagt in einer Fußnote: [150]) „Ausnahmsweise weicht umgekehrt das Strafgesetz dem Dienstbefehl. MilStGB. § 47: Wenn die befohlene Handlung eine Uebertretung darstellt, haftet der befehlende Vorgesetzte allein; ebenso auch im Falle eines Verbrechens oder Vergehens, wenn nicht dem Untergebenen bekannt gewesen, daß es sich um ein solches handelte. — Hieran erweist der militärische Dienstbefehl wieder seine eigentümliche Stärke." Eine eigene Begründung geben Otto Mayer und Jellinek für ihre Ansicht nicht. Sie verweisen lediglich auf das Militärstrafrecht. Daß sich hieraus aber die Theorie des bindenden rechtswidrigen Befehls nicht begründen läßt, wurde wohl zur Genüge dargetan.

2. Die Unverbindlichkeit des rechtswidrigen Befehles.

Um die nunmehr gewonnenen Erkenntnisse praktisch zu verwerten, müssen wir zu unserem Ausgangspunkt zurückkehren und noch einmal kurz zusammenfassen:

Aus den §§ 47 und 92 MStGB. läßt sich die Verbindlichkeit eines deliktischen Befehls nicht herleiten, ebenso wenig aus dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit zur Erhaltung der Disziplin. Auch aus der geschichtlichen Entwicklung läßt sich die Anerkennung „bindender rechtswidriger Befehle" ebensowenig rechtfertigen, wie aus verwaltungsrechtlichen Grundsätzen. Desgleichen können die Zweckmäßigkeitserwägungen Eberhard Schmidts nicht anerkannt werden. Es müssen also die allgemeinen Regeln unserer

148) Jellinek, S. 372.
149) Jellinek, S. 372.
150) Otto Mayer, Bd. II, S. 190, Note 20.

Rechtsordnung Anwendung finden, nach denen tatbestandsmäßige Handlungen grundsätzlich für jeden — auch für den schuldlos Handelnden — verboten sind, falls nicht im Ausnahmefall besondere Gründe die Handlung „rechtfertigen". Verstößt nun aber eine auf einen Befehl hin vorgenommene Handlung gegen ein solches Verbot, so ist sie folgerichtigerweise v e r boten und nicht g e boten, es sei denn, daß in einem solchen Falle ein Rechtfertigungsgrund vorläge, die anbefohlene Handlung also „rechtmäßig" wäre. Der deliktische Befehl als solcher ist aber nicht geeignet, die anbefohlene Handlung zu rechtfertigen. Denn nach § 47 Satz 1 ist der befehlende Vorgesetzte f ü r d i e B e f e h l s a u s f ü h r u n g verantwortlich. Der Gesetzgeber hat damit deutlich seinen Willen kundgetan, daß die anbefohlene Handlung als rechtswidrig behandelt werden soll. Die Ausführung des deliktischen Befehls ist also verboten und der Befehl daher notwendigerweise unverbindlich.

Die entgegengesetzte Auffassung muß allemal — wenn sie konsequent durchgeführt wird — zu dem oben bereits bekämpften unhaltbaren Ergebnis führen: Ist der Befehl verbindlich, so ist notwendigerweise die anbefohlene Handlung als eine vom Staate selbst gebotene rechtmäßig. Für eine rechtmäßige Handlung kann aber niemand — auch nicht der Vorgesetzte — zur Verantwortung gezogen werden. Diese Ansicht gerät also, wenn sie folgerichtig durchgeführt wird, in einen hoffnungslosen Gegensatz zum Gesetz, welches (§ 47 Satz 1) den Vorgesetzten für die Handlung des Untergebenen „verantwortlich" macht. Mit Recht weist auch Graf zu Dohna darauf hin, daß der Gesetzgeber im § 47 die Handlung des Untergebenen für r e c h t s w i d r i g erklärt: Es könnte sonst „eine Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für das, was der Untergebene getan, nicht geben, da es dafür an der wesentlichen Voraussetzung fehlt, daß etwas Rechtswidriges getan wurde. Und doch stellt die alleinige Verantwortlichkeit des Vorgesetzten gerade diejenige Bestimmung außer Zweifel, die zumeist als Ausweis dafür herangezogen wird, daß das positive Recht die Verbindlichkeit auch rechtswidriger Befehle anerkenne: § 47 MilStGB." [151])

Wir ziehen also den Schluß:

J e d e r r e c h t m ä ß i g e B e f e h l i s t v e r b i n d l i c h, n i e m a l s a b e r d e r a u f e i n D e l i k t g e r i c h t e t e. D i e s e r i s t s t e t s u n v e r b i n d l i c h. [152])

151) Graf zu Dohna, Verbrechenslehre, S. 40.

152) Dieser Ansicht zuneigend — außer den bereits angeführten Autoren — Thielke, S. 65 (jedoch mit abweichender Begründung). Desgl.

Ist denn nun dieses Ergebnis ein unbilliges? Schon M. E. Mayer hat hervorgehoben: [153]) „Auch Offiziere, auch hohe Offiziere, sind Untergebene. Soll ein Offizier, dem von seinem Vorgesetzten befohlen wird, militärische Legitimationspapiere zu verfälschen (StGB. § 363), verpflichtet sein, diesem Befehl in Dienstsachen nachzukommen? Das wäre nicht bloß eine unsittliche Zumutung, sondern auch eine ganz unbegreifliche Durchbrechung der sonst von unserer Rechtsordnung und auch vom Militärrecht festgehaltenen Grundsätze."

Battenberg stellt als „beste Antwort" zum Beweise des Gegenteils ein paar Gegenbeispiele auf: [154]) Ein Rittmeister führt seine Eskadron in äußerst scharfem Trab durch ein Dorf (§ 366 Ziffer 2 StGB.). „Leutnant d. R. Assessor B." fällt mit seinem Zuge in ein langsames Tempo, ohne sich um die wiederholten Befehle des Rittmeisters zu bekümmern.

Hierbei übersieht Battenberg freilich, daß ein solcher Befehl garnicht rechtswidrig [155]) ist. Denn militärische Zwecke rechtfertigen hier den Befehl und die Ausführungshandlung. Der Befehl ist also verbindlich. „Leutnant d. R. Assessor B." würde auch nach der hier vertretenen Auffassung wegen Ungehorsams bestraft werden.

Keil, Seite 36: „Ganz gewiß ist es, daß jeder verbindliche Befehl in Dienstsachen die Verantwortlichkeit des Untergebenen für die Ausführungshandlung ausschließt. Aber keineswegs ist darum auch jeder Befehl, der unverantwortlich macht, auch verbindlich. Es wird dies vielleicht an der folgenden Einteilung anschaulich gemacht.

Es gibt drei Gruppen von Befehlen:

1. Die Gruppe der Befehle in Dienstsachen, denen man gehorchen muß, bei deren Ausführung man immer unverantwortlich bleibt — die rechtmäßigen Befehle.
2. Die Gruppe der Befehle in Dienstsachen, denen man — unter gewissen, außerhalb des Befehls liegenden Voraussetzungen — nicht gehorchen darf, wenn man sich nicht strafbar machen will. Das sind die Befehle in Dienstsachen, die ein Verbrechen oder Vergehen bezwecken, sofern dem Empfänger des Befehls dieser Zweck bekannt ist. Solche Befehle sind immer rechtswidrig.
3. Die zwischen 1) und 2) liegende Gruppe von Befehlen in Dienstsachen, denen man gehorchen kann, d. h. bei deren Ausführung man nie bestraft werden kann, denen man aber nie zu gehorchen braucht.

Das ist die hier interessierende Gruppe. Sie bildet zusammen mit der ersten Gruppe den Kreis der Befehle in Dienstsachen, bei deren Ausführung man unverantwortlich bleibt, zusammen mit der zweiten Gruppe den Kreis der rechtswidrigen Befehle."

153) M. E. Mayer, Befehl, S. 159.

154) Battenberg, S. 71 f.

155) vergl. oben III. A. 3, wo dieses Beispiel bereits angeführt wurde.

Ferner: Ein Unteroffizier befiehlt auf der Mannschaftsstube, deren Fenster nach der Straße zu geht, einem Soldaten, er solle einen umfangreichen Topf mit Wasser auf die sehr schmale äußere Fensterbank stellen, weil er in der Stube im Wege sei (§ 368 Ziffer 6 StGB.).

Ein Offizier befiehlt der Kasinoordonnanz und einigen anderen Soldaten, bei einem Gartenfest unmittelbar vor dem Kasinogebäude Feuerwerk abzubrennen (§ 368 Ziffer 7).

Man wird Battenberg zugeben müssen, daß eine ausgesprochene Gehorsamsverweigerung der Autorität des Vorgesetzten nicht sehr dienlich wäre. Aber ein Blick ins militärische Leben überzeugt, daß eine solche Gehorsamsverweigerung praktisch selten oder nie vorkommt. Denn welcher Untergebene würde wirklich in einem solchen Falle dem Befehle nicht Folge leisten? Er ist doch stets durch den Befehl gedeckt, und mit der Ausführung sind für ihn nicht einmal Unannehmlichkeiten verbunden. Er wird sich also hüten, sich auf diese Weise unbeliebt zu machen. Es ist im Hinblick auf den Geist, der in der Wehrmacht herrscht, kaum denkbar, daß in solchen Bagatellen jemals eine „Gehorsamsverweigerung" vorkommt. Sollte aber trotzdem einmal ein „Assessor B." auf den Gedanken kommen, aus prinzipiellen Erwägungen heraus einem solchen Befehl nicht Folge zu leisten, so ist die dadurch eingetretene „Verletzung der Autorität" nicht auf eine fehlerhafte Auslegung des Gesetzes zurückzuführen, sondern auf das Verhalten des Vorgesetzten selbst, der es seiner Autorität schuldig ist, überhaupt keine deliktischen Befehle zu erteilen. Andererseits aber wird ein vernünftiger Vorgesetzter, der unbedingt vor dem Kasinogebäude ein Feuerwerk abbrennen will, sich dazu nicht gerade solcher Quertreiber bedienen, wie des von Battenberg angeführten „Assessor B.".

Die Gefahr einer Autoritätsverletzung ist demnach eine äußerst geringe im Vergleich zu der Gefahr, die — wie M. E. Mayer anführt — durch eine Verbindlichkeit deliktischer Befehle entsteht. Bereits oben wurde dargelegt, daß durch eine Gehorsamspflicht auch deliktischen Befehlen gegenüber die Disziplin mehr leidet, als durch eine Begrenzung der Gehorsamspflicht durch das Strafgesetz. Mit Recht äußert auch Thielke [156]) zu diesem Thema:

„Geradezu demoralisierend müßte es auf jeden Untergebenen wirken, wenn ihm wegen seiner gerechten Weigerung, einen unrechten, weil eine Uebertretung anordnenden Befehl in Dienst-

156) Thielke, S. 66 f.

sachen auszuführen, die strenge kriminelle Strafe des ‚Ungehorsams gegen einen Befehl in Dienstsachen' aus den §§ 92 ff. des Militärstrafgesetzbuches ereilen könnte, wenn er sich also vor die Alternative gestellt sähe, entweder Unrecht zu leiden oder Unrecht zu tun. Der moralische Schaden wöge schwerer als die künstlich aufrechterhaltene Disziplin."

IV. DIE BEDEUTUNG DES § 47 MStGB.

A. Das Prüfungsrecht des Untergebenen hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Befehls.

Nach den vorhergehenden Betrachtungen drängt sich uns nun die Frage nach dem Grunde der Straflosigkeit des Untergebenen im Falle des § 47 Satz 1 auf.

Daß die Gegner der Theorie der Unverbindlichkeit deliktischer Befehle die Unverantwortlichkeit des Untergebenen als notwendiges Korrelat der Verbindlichkeit des Befehls [157]) auffassen, ist nicht weiter erstaunlich. So kommen auch v. Koppmann-Weigel [158]) zu dem Ergebnis: „Bei der Frage, ob und inwieweit der Befehl zur Begehung einer strafbaren Handlung den Ausführenden straflos mache, geht das Strafrecht davon aus, daß der Befehl nur da Straflosigkeit bewirken könne, wo auf der einen Seite das Recht, zu befehlen, und auf der anderen Seite die Pflicht, unbedingt zu gehorchen, besteht. Dem rechtsverbindlichen Befehle steht die Unverantwortlichkeit des Gehorchenden für die auf Befehl begangene Handlung notwendig gegenüber."

Es wurde jedoch festgestellt, daß ein deliktischer Befehl niemals verbindlich sein kann. Trotz der Unverbindlichkeit bleibt aber der Untergebene straflos, wenn er das befohlene Delikt ausführt, es sei denn, daß ihm bekannt gewesen ist, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte.[159])

In Literatur und Judikatur herrscht wohl Einigkeit darüber, daß die Disziplin, die straffe Handhabung des Gehorsams, den

157) van Calker, Verantwortlichkeit, S. 10.

158) v. Koppmann-Weigel, S. 164.

159) Die Ziffer 1 des § 47 MStGB. kann aus unseren Betrachtungen ganz ausscheiden, da sie eine Selbstverständlichkeit ausspricht; denn wer einen Befehl überschreitet, handelt insoweit eben nicht „auf Befehl".

Grund für die Unverantwortlichkeit des Untergebenen bildet. Lediglich über die Art der Gewährleistung der Disziplin gemäß § 47 besteht lebhafter Streit. Ist es aber nicht die Verbindlichkeit des deliktischen Befehls, die den Untergebenen straflos macht, so kann es nur das Vertrauen sein, das der Untergebene den Befehlen seiner Vorgesetzten hinsichtlich der Rechtmäßigkeit schuldet.[160]) Der Untergebene ist zu einer Prüfung und Kritik der Befehle seiner Vorgesetzten nicht berechtigt. Im § 47 kommt dies allerdings nur sehr unklar zum Ausdruck. Aber ohne den Mangel dieses Prüfungsrechts wäre die Straflosigkeit des Untergebenen — wenigstens in diesem weitgehenden Maße — unerklärlich. So ist auch in Literatur und Judikatur der Mangel des Prüfungsrechts fast allgemein anerkannt, zum mindesten von den Vertretern der Theorie der Unverbindlichkeit rechtswidriger Befehle. Das soll nun nicht heißen, daß sich der Untergebene bereits einer Rechtsverletzung schuldig macht, wenn er einen Befehl — ohne dadurch die Ausführung zu verzögern — einer Prüfung unterzieht. Aber er darf sich niemals auf einen daraus entstehenden Irrtum berufen. Denn ein solcher beruht allemal, da die Prüfung unzulässig ist und der Untergebene verpflichtet ist, in Zweifelsfällen die Rechtmäßigkeit des Befehls zu unterstellen, selbst auf Fahrlässigkeit im Sinne des § 59 Abs. 2 StGB. Und auch der fahrlässige Ungehorsam ist strafbar.

Nicht anders ist wohl auch M. E. Mayer[161]) zu verstehen, wenn er sagt: „Jedem steht es frei, nachzuforschen, ob ein zweifelhafter Befehl allseitig rechtmäßig ist, jeder trägt aber auch, wenn er solchermaßen selbständige Kritik übt und den Gehorsam verweigert, die Gefahr, sich nicht geirrt zu haben. Den widerrechtlichen Befehl für rechtmäßig zu halten, ist verzeihlich, weil dieser Irrtum dem Geiste der Subordination entspricht, der umgekehrte Irrtum ist aus dem umgekehrten Grunde unverzeihlich."

Wenn dennoch Keil[162]) dem Untergebenen ein „Recht" einräumt, „Befehle in Dienstsachen auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen", die Prüfung selbst aber „auf die Gefahr des Untergebenen" gehen lassen will, so ist das inkonsequent, denn wenn man dem Untergebenen ein solches „Recht" einräumt, so muß man auch den daraus entstandenen Irrtum als entschuldbar anerkennen. Denn das Vorliegen eines verbindlichen Befehls in

160) vergl. oben III. B. 1.
161) M. E. Mayer, Allgemeiner Teil, S. 339.
162) Keil, S. 32.

Dienstsachen ist begriffsnotwendig tatsächliche Voraussetzung des Ungehorsams. Gegen einen unverbindlichen Befehl ist Ungehorsam begrifflich undenkbar. Wenn es im § 92 heißt: „Wer . . . einen Befehl in Dienstsachen nicht befolgt . . .", so ist damit selbstverständlich nur ein verbindlicher Befehl in Dienstsachen gemeint. Daß auch unverbindliche Befehle geeignet sind, unter den Schutz des § 92 zu fallen, ist wohl noch nie behauptet worden und wäre auch ein Widerspruch in sich selbst. Ein Irrtum über das Vorliegen bezw. Nichtvorliegen eines rechtmäßigen (= verbindlichen) Befehls wäre also ein Irrtum über Tatumstände im Sinne des § 59 StGB., der nach allen Irrtumstheorien den Vorsatz ausschließt. Ist nun der Untergebene zu einer Prüfung der Rechtmäßigkeit des Befehls „berechtigt", so wird ein aus einer solchen Prüfung entstehender Irrtum in den seltensten Fällen auf Fahrlässigkeit beruhen. Im Grunde also negiert auch Keil das Prüfungsrecht des Untergebenen, wenn er die Prüfung auf dessen eigene Gefahr gehen lassen will. Denn nur, wenn das Prüfungsrecht dem Untergebenen rechtlich entzogen ist, läßt sich die Meinung rechtfertigen, daß ein Irrtum über die Rechtmäßigkeit (= Verbindlichkeit) des Befehls unbeachtlich sei. Ein Irrtum kann natürlich dann nicht die Schuld ausschließen, wenn die Erwägungen, auf denen er beruht, selbst pflichtwidrig sind. Ist aber der Untergebene verpflichtet, die Rechtmäßigkeit eines Befehls solange zu unterstellen, bis ihm das Gegenteil positiv bekannt ist, steht ihm ein Prüfungsrecht also nicht zu, so ist die dennoch vorgenommene Prüfung pflichtwidrig und zum mindesten nicht geeignet, die Fahrlässigkeit im Sinne der §§ 59 Abs. 2 StGB. und 92 Abs. 2 MStGB. auszuschließen. Der Untergebene macht sich also stets des fahrlässigen Ungehorsams schuldig.

Der überwiegende Teil aller Autoren steht nun auch — wie bereits erwähnt — auf dem Standpunkt, daß dem Untergebenen ein solches Prüfungsrecht nicht zustehe. Mit Recht?

Geht man von der Voraussetzung aus, daß auch deliktische Befehle verbindlich sein können, so wäre es allerdings nicht mehr als recht und billig, dem Untergebenen ein solches Prüfungsrecht einzuräumen. Denken wir wieder an den Fall, daß einem Untergebenen befohlen wird, Legitimationspapiere zu fälschen. Er wird zu der Ueberlegung, ob der Befehl eine Uebertretung oder ein Vergehen zum Gegenstande hat (ob er also nach der gegnerischen Lehre verbindlich ist oder nicht), geradezu gezwungen. Denn in einem Falle lauert die Strafe des Vergehens, im andern die des Ungehorsams.

Aber gerade in dieser Prüfung, die Schlayer [163]) dem Untergebenen sogar zur „Pflicht" macht, liegt die größte Gefahr für die Disziplin. Wollte man ein solches Prüfungsrecht bejahen, so wäre schließlich nicht mehr der höchste Vorgesetzte, sondern der jüngste Rekrut, der den Befehl auszuführen hat, die letzte Instanz zur Beurteilung der Verbindlichkeit des Befehls. Dieser könnte auch in den seltensten Fällen für sein Fehlurteil verantwortlich gemacht werden, da ihm meistens der Schuldausschließungsgrund des Irrtums zur Seite steht. Daß dies nicht im Sinne des § 47 liegen kann, liegt wohl klar auf der Hand.

Für die Disziplin und die Schlagkraft unserer Wehrmacht ist es unabweisbar geboten, daß j e d e r rechtmäßige Befehl pünktlich und ohne Zögern ausgeführt wird. Eine pünktliche Ausführung wäre aber auf das schwerste gefährdet, wenn man dem Untergebenen ein Prüfungs r e c h t, ein Recht zur Kritik der Befehle seiner Vorgesetzten, einräumen wollte. Es könnte nicht ausbleiben, daß eine Reihe von Irrtümern zur Nichtbefolgung rechtmäßiger Befehle führen würde. Denn in den meisten Fällen wird es dem Untergebenen gar nicht möglich sein, die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Befehls selbst zu beurteilen. „Er müßte in die Seele des Vorgesetzten sehen können, um es zu erkennen. Wo er nicht versteht, was die Rechtsverletzung, die er vollziehen soll, für einen Sinn haben könnte, müßte er erwägen, ob nicht etwa ausnahmsweise Umstände vorliegen, die den Rechtsbruch rechtfertigen." [164]) Dazu wird aber normalerweise der Untergebene gar nicht in der Lage sein. Trotzdem wäre sein Ungehorsam in vielen Fällen durch Irrtum entschuldigt. Er könnte nicht zur Verantwortung gezogen werden. Die weiteren Folgen wären verheerend. Jeder wegen Ungehorsams zur Rechenschaft gezogene Untergebene würde sich zunächst einmal auf einen Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Befehls berufen und in vielen Fällen auch mangels gegenteiligen Beweises freigesprochen werden. Vor allem ist zu berücksichtigen, daß gerade im Kriege, wo eine eiserne Disziplin die Voraussetzung jedes Erfolges ist, die meisten Befehle auf tatbestandsmäßige Handlungen gerichtet sind. Wohin sollte es führen, wenn jeder Untergebene zu einer Prüfung der Rechtmäßigkeit der Befehle seiner Vorgesetzten berechtigt wäre?

---

163) Schlayer, S. 28.
164) Keil, S. 33.

Mit Recht weist Rissom [165]) auf die immer wiederkehrende Lage hin: „Es wird ein rechtmäßiger Befehl erteilt. Die Durchführung desselben zu sichern, ist notwendig. Dem Untergebenen eine Prüfung oder gar eine Erörterung der Rechtmäßigkeit zu gestatten, mit dem möglichen Erfolge, daß infolge falscher Beurteilung durch den die Sachlage nicht übersehenden Untergebenen der Befehl trotz seiner Rechtmäßigkeit unausgeführt bleibt, liegt nicht im militärischen Interesse."

Auch van Calker sagt mit Recht: „Die Aufrechterhaltung der Disziplin, die ja nicht nur im militärischen, sondern ebenso sehr im allgemeinen öffentlichen Interesse liegt, erfordert, . . . daß der Untergebene stets das Recht des Vorgesetzten zur Erteilung des Befehls und seine Pflicht zur Ausführung desselben vermuten muß." [166])

Das gleiche besagt auch die Entscheidung des Reichsmilitärgerichts 19/180: „So wenig wie der Untergebene indes irgendeine Verpflichtung hat, Nachforschungen oder Erwägungen darüber anzustellen, ob der Vorgesetzte durch seinen Befehl die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens etwa bezweckte, so wenig verpflichten oder berechtigen schon etwaige Zweifel hinsichtlich des von dem Vorgesetzten verfolgten Zweckes den Untergebenen, einen ihm erteilten Befehl in Dienstsachen unbefolgt zu lassen." Dieser letzte Satz darf nun allerdings keineswegs so verstanden werden, daß ein Untergebener, der einen rechtswidrigen Befehl unbefolgt läßt, dieserhalb jemals wegen Ungehorsams bestraft werden könnte, nur weil er hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des Befehls keine positive Gewißheit gehabt hat. Der rechtswidrige Befehl ist stets unverbindlich! Er löst keinerlei — auch keine relative — Gehorsamspflicht aus.

Mit Recht weist auch v. Ammon [167]) darauf hin, daß weder im § 47 noch anderswo ausgesprochen ist, „daß der Untergebene die Befehle des Vorgesetzten darauf untersuchen muß oder darf, ob sie jene verbrecherische Qualifikation aufweisen. Nach ungeschriebenem militärischem Recht wird vielmehr anzunehmen sein, daß der Untergebene die ihm erteilten Befehle rasch und pünktlich ausführen muß, ohne sich mit der Prüfung ihrer rechtlichen Eigenschaften aufzuhalten." [168])

---

165) Rissom, S. 233.

166) van Calker, Verantwortlichkeit, S. 115.

167) v. Ammon, S. 62.

168) im gleichen Sinne auch Herz-Ernst, S. 185 und Rotermund, S. 96.

Nun darf man allerdings nicht in den Fehler verfallen, jeden Irrtum über die Deliktseigenschaft der Ausführungshandlung als rechtlich unbeachtlich zu betrachten. Ziffer 2 des § 47 verpflichtet den Untergebenen zur Nichtbefolgung eines Befehls, wenn ihm „bekannt" war, daß der Befehl ein Verbrechen oder Vergehen zum Gegenstande hatte, d. h. wenn ihm, ohne daß er den Befehl einer Prüfung unterzogen hätte, das Verbrecherische an diesem Befehl sogleich auffiel. Im allgemeinen wird natürlich ein Irrtum des Untergebenen nicht möglich sein, wenn ihm die Eigenschaft der Handlung „bekannt" ist. Und doch ist ein solcher Irrtum nicht ausgeschlossen. Dem Untergebenen kann sich ohne Prüfung des Befehls sogleich bei der Befehlserteilung die Ueberzeugung aufdrängen, der Befehl könne ganz offensichtlich nur ein Verbrechen oder Vergehen zum Gegenstande haben. Nachträglich stellt sich heraus, daß dem Befehlenden ein Rechtfertigungsgrund zur Seite stand, den der Untergebene allerdings nicht ahnen konnte. In diesem Falle wird man kaum noch von einem Irrtum sprechen können, der selbst durch Fahrlässigkeit im Sinne des § 59 Abs. 2 StGB. verschuldet ist. Der Irrtum ist in diesem Falle nicht das Ergebnis einer unzulässigen Prüfung oder Kritik des Befehls, sondern die Art der Befehlserteilung ließ für den Untergebenen gar keine andere Deutung zu. Er befand sich von vornherein gar nicht im Zweifel über die Rechtmäßigkeit des Befehls, sondern war überzeugt, den rechtswidrigen Zweck des Befehls zu „kennen". Der Irrtum beruht also in derartig gelagerten Fällen nicht auf Fahrlässigkeit. Ihm kommt daher, da es sich um einen Irrtum über Tatumstände (nämlich über das Vorliegen eines rechtmäßigen [=verbindlichen] Befehls) handelt, vorsatzausschließende Kraft zu.[169]) Da aber dieser Irrtum auch nicht auf einer unzulässigen Prüfung beruht, ist er entschuldbar und schließt somit die Schuld des Untergebenen aus.

Grundsätzlich jedoch kann der Irrtum, der sich als falsches Resultat einer nicht zulässigen Prüfung darstellt, den Ungehorsam nicht entschuldigen.

169) Zu dem gleichen Ergebnis, jedoch aus Zweckmäßigkeitserwägungen, gelangt auch Rissom, S. 238: „Dann ist die Bestrafung wegen Ungehorsams aus § 92 MStGB. ausgeschlossen, denn die Zwickmühle, in welcher der Soldat sich sonst befinden würde, kann unmöglich vom Gesetz gewollt sein. Es zeigt sich hier, daß die Sicherung des rechtmäßigen Befehls, solange nicht völlig blinder, und in diesem Sinne unbedingter Gehorsam gefordert wird, keine vollkommene ist. Auf den gesunden Sinn, auf Pflicht- und Ehrgefühl des Vorgesetzten sowie des Untergebenen muß in letzter Linie vertraut werden."

In diesem Sinne sind auch das oben [170]) zitierte „Dienstreglement für die kgl. preußische Infanterie" vom 30. September 1787 (Art. 1 Teil XI Ziffer 1) und die „Allerhöchste Kabinettsorder" vom 11. Mai 1821 zu verstehen. Wenn in der erstgenannten Verordnung das Hin- und Herstreiten und das Vortragen der Meinungen über die Rechtmäßigkeit eines Befehls verboten wird und auch die Allerhöchste Kabinettsorder dem Untergebenen ein Urteil über die Rechtmäßigkeit und die Folgen des Befehls nicht gestattet, so kann darunter eigentlich gar nichts anderes verstanden werden, als daß die Rechtmäßigkeit des Befehls der Prüfung des Untergebenen entzogen werden sollte. Das gleiche besagen auch die oben unter III. B. 1. angeführten Motive zum Bayerischen Militärstrafgesetzbuch von 1869. Das Dienstreglement verbietet eine solche Prüfung oder Kritik ausdrücklich und bezeichnet sie als „subordinationswidriges Betragen".

Wenn diesen beiden genannten Verordnungen heute auch keine Gesetzeskraft mehr zukommt, so wird doch zweifellos ihr Inhalt, der sich auch in vielen außerpreußischen Verordnungen widerspiegelt (so z. B. in den Motiven zu Art. 65 des Bayerischen MStGB.), auch heute noch in unserer Wehrmacht als Recht betrachtet und gehandhabt. Somit ist das mangelnde Prüfungsrecht nicht nur ein unabweisbares Gebot der Disziplin, sondern kann ohne Bedenken auch als geltendes Gewohnheitsrecht angesehen werden.

Der militärische Vertrauensgrundsatz, das Vertrauen des Untergebenen auf die Rechtmäßigkeit des Befehls seines Vorgesetzten, wird hiermit zum rechtlichen Gebot. (Die Unverbindlichkeit des deliktischen Befehls wird dadurch freilich nicht berührt.) Diesem Vertrauen des Untergebenen entspricht als Korrelat seine Unverantwortlichkeit für auf Befehl begangene Delikte gemäß § 47 Satz 1.

In diesem Sinne des Vertrauensgrundsatzes erscheint es auch durchaus gerechtfertigt, „unbedingten Gehorsam" zu fordern, „dessen hinreißende Kraft eine scharfe Zuspitzung auch bei Belehrung des Soldaten rechtfertigt".[171])

---

170) unter III. B. 1.

171) Romen-Rissom, S. 185; vergl. auch M. E. Mayer, Militärstrafrecht, Bd. I, S. 119: „Es ist pädagogisch richtig, solche Befehle (die bloß zu einer geringfügigen Rechtsverletzung führen), in Rekruten-Instruktionen als verbindlich zu bezeichnen, da die Mannschaften lediglich an der Verantwortlichkeitsfrage interessiert sind und durch subtile juristische Unterscheidungen bloß verwirrt würden."

B. Die Rechtsnatur des Strafausschließungsgrundes beim unverbindlichen Befehl (§ 47 Satz 1).

Nach dieser Erkenntnis bereitet auch die Frage nach der Rechtsnatur des Strafausschließungsgrundes keine allzu großen Schwierigkeiten mehr.

1. Die Rechtmäßigkeitstheorie.

Daß die Anhänger der Lehre des „bindenden rechtswidrigen Befehls" in der Straflosigkeit des Untergebenen einen Rechtfertigungsgrund erblicken, entspricht durchaus den Regeln der Logik. So folgert konsequenterweise auch v. Ammon [172]) aus der Anerkennung des bindenden rechtswidrigen Befehls: „Der allgemein anerkannte Satz, daß die Erfüllung einer Rechtspflicht nicht rechtswidrig ist, muß auch für die auf bindenden rechtswidrigen Befehl vorgenommene Handlung Gültigkeit haben. Mit der Einheitlichkeit der Rechtsordnung unvereinbar wäre ein Rechtssatz, der dieselbe Handlung gebietet, die ein anderer verwirft. Der Rechtssatz, der dem Untergebenen Gehorsam gegenüber einem rechtswidrigem Befehl auferlegt, schafft Ausnahmen von den Normen, die dieser übertreten würde, wenn der Befehl für ihn unverbindlich wäre. Die auf einen bindenden rechtswidrigen Befehl hin vorgenommene Handlung des Untergebenen ist also rechtmäßig." [173]) Gegen diesen Satz ist vom Standpunkte v. Ammons aus sicherlich nichts einzuwenden. Er besagt dasselbe, wie oben unter II. B. bereits gesagt wurde: Jeder verbindliche Befehl schließt die Rechtmäßigkeit der Ausführungshandlung aus.

Inkonsequent und rechtlich unhaltbar sind dagegen die früheren Ausführungen van Calkers. Seine Ansicht, nach welcher der bindende rechtswidrige Befehl als „persönlicher Schuldausschließungsgrund" [174]) wirken soll, wurde bereits oben — unter III. B. 1. — widerlegt.

Inzwischen aber hat auch van Calker seine Ansicht revidiert. In seinem „Strafrecht" [175]) sagt er später: „Ist ein unrechtmäßiger Befehl ergangen, so handelt der pflichtmäßig handelnde Untergebene nicht rechtswidrig (. . . weil auch der unrechtmäßige Befehl verbindlich ist) . . . es ist also weder ein Recht zur Notwehr noch zum Widerstand gegeben."

172) v. Ammon, S. 82 f.

173) übereinstimmend auch v. Koppmann-Weigel, S. 164 und Girginoff, S. 22 ff.

174) van Calker, Verantwortlichkeit, S. 11.

175) van Calker, Strafrecht, 2. Aufl., S. 30.

Diese Ansicht ist — wie gesagt — vom Standpunkt der genannten Autoren aus richtig. Sie entbehrt aber ihrer Grundlage. Denn der rechtswidrige Befehl ist unverbindlich! Durch einen u n verbindlichen Befehl kann aber niemals Unrecht in Recht verwandelt werden. Eine solche Metamorphose [176]) würde der Objektivität der Rechtswidrigkeit (vergl. oben II. A.) widersprechen. Denn was in seinem Grunde Unrecht ist, kann nicht dadurch Recht werden, daß es ein anderer auf einen unverbindlichen Befehl hin ausführt.

Eine notwendige Konsequenz der Rechtmäßigkeitstheorie wäre der Ausschluß jedes Notwehrrechtes seitens des durch die Ausführung des deliktischen Befehls betroffenen Dritten. [177]) Dieser müßte sich jeden Angriff und jede Mißhandlung durch einen auf Befehl handelnden Soldaten gutwillig gefallen lassen; andernfalls würde er sich selbst strafbar machen. Er wäre also jedem auf militärischen Befehl begangenen Verbrechen preisgegeben. Daß eine solche Rechtsauffassung dem gesunden Volksempfinden in keiner Weise entspricht, bedarf keiner Erörterung.

Neuerdings hat Hellmuth Mayer [178]) versucht, der Rechtmäßigkeitstheorie eine neue Grundlage zu geben. Auch er geht von der grundsätzlichen Verbindlichkeit rechtswidriger Befehle aus und kommt daher auch zu dem folgerichtigen Schluß, daß die Handlung des Untergebenen rechtmäßig sein müsse. Damit steht es aber nach seiner Ansicht nicht im Widerspruch, daß der befehlende Vorgesetzte für die „rechtmäßige" Befehlsausführung nach § 47 MStGB. verantwortlich gemacht werden kann. Denn „die Ausführung des Befehls enthält eine Rechtsgutverletzung, darum kann der Befehlende auch als (mittelbarer) Täter bestraft werden. Die Handlung des Gehorchenden ist aber nicht nur unverboten, sondern sogar geboten, wenn der Befehl wirklich verbindlich ist." [179]) Mit dieser Auffassung lebt die früher von Frank vertretene, später aber von ihm selbst abgelehnte Theorie des „persönlichen Rechtfertigungsgrundes" wieder auf. Mit der hier vertretenen Meinung von der Objektivität der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit — vergl. oben II. A. — ist eine solche Auffassung unvereinbar.

Ein und dieselbe Handlung kann hiernach nicht zugleich

---

176) vergl. M. E. Mayer, Befehl, S. 132.

177) van Calker (Strafrecht, S. 30) und v. Ammon lehnen auch folgerichtig jedes Notwehrrecht des betroffenen Dritten ab.

178) Hellmuth Mayer, Befehl, S. 620 f.

179) Hellmuth Mayer, Strafrecht, S. 237.

rechtmäßig und rechtswidrig sein. Steht aber die objektive Rechtmäßigkeit einer Handlung fest, so kann niemand, auch nicht der befehlende Vorgesetzte, dafür verantwortlich gemacht werden.

2. Die Theorie des persönlichen Strafausschließungsgrundes.

Nach Herz-Ernst [180]) wirkt für „den zum Gehorsam Verpflichteten . . . der Befehl als persönlicher Strafausschließungsgrund". Diese Auffassung ist schon deshalb unhaltbar, weil für den „zum Gehorsam Verpflichteten" der Befehl — wie oben unter II. B. dargelegt — unter allen Umständen die Ausführung rechtfertigt. Aber auch von unserm Standpunkt aus betrachtet kann der Befehl niemals als persönlicher Strafausschließungsgrund wirken. Denn im Falle eines solchen ist eine „strafbare Handlung" (vergl. z. B. § 247 Abs. 2 StGB.) stets vorhanden, nur bleibt der Täter aus Gründen, die außerhalb der Rechtsordnung selbst liegen, straffrei. Beim rechtswidrigen Befehl hingegen handelt der Untergebene nicht pflichtwidrig (im subjektiven Sinne), wenn er auf die Rechtmäßigkeit eines Befehls vertraut. Handelt er aber pflichtmäßig, so liegt eine „strafbare Handlung" überhaupt nicht vor. Die Rechtsnatur des Strafausschließungsgrundes kann folglich nur in dem Ausschluß der Schuld des Untergebenen bestehen.

3. Die Schuldlosigkeitstheorie.

a) Verschiedene Begründungen und ihre Kritik.

Unter den Vertretern der Schuldlosigkeitstheorie besteht keineswegs Einigkeit darüber, inwiefern der Befehl als Schuldausschließungsgrund wirkt.

Für Battenberg als Vertreter der Auffassung, daß der Befehl zwar verbindlich, seine Ausführung aber trotzdem rechtswidrig sei,[181]) wirkt die Verbindlichkeit des Befehls als Schuldausschließungsgrund für den gehorchenden Untergebenen.[182]) Die Unhaltbarkeit der Auffassung Battenbergs wurde bereits oben dargetan. Der verbindliche Befehl wirkt stets als Rechtfertigungsgrund (vergl. oben II. B.) und kann somit niemals lediglich Schuldausschließungsgrund sein.

Nach M. E. Mayer [183]) haben für schuldfähige Menschen nur zwei Schuldausschließungsgründe Bedeutung: „Der Zwang (im

180) Herz-Ernst, S. 99.
181) Battenberg, S. 89.
182) Battenberg, S. 91 ff.
183) M. E. Mayer, Befehl, S. 135.

Sinne von vis absoluta und vis compulsiva) und der Irrtum." Danach besteht nach seiner Meinung „von vornherein die Vermutung, daß der Befehl als selbständiger oder eigenartiger Schuldausschließungsgrund nicht angesehen werden kann". Da aber der Befehl als Zwang unmöglich aufgefaßt werden kann, ist nach Mayers Ansicht [184]) der „rechtswidrige Befehl kraft des Irrtums, den er erzeugt, Schuldausschließungsgrund". „Der widerrechtliche Befehl darf in den strafrechtlichen Systemen lediglich als ein Umstand, der entschuldigende Irrtümer herbeiführt, erwähnt werden, wo ihm in anderem Zusammenhang Beachtung geschenkt wird, beruht die Lehre in letzter Linie auf einer Verkennung des Begriffs des rechtswidrigen Befehls." [185]) § 47 behandelt nach M. E. Mayer also lediglich einen Fall der Irrtumslehre, allerdings mit der Besonderheit, daß, „während sonst der Untergebene nur durch eine Verkennung der materiellen Rechtswidrigkeit, . . . er hier auch durch eine Verkennung der Strafbarkeit entschuldigt" [186]) wird. Im einzelnen führt Mayer hierzu noch aus: [187]) „Daß aber ein rechtswidriger Befehl durch die autoritative Kraft, mit der er ausgestattet ist, Irrtümer erzeugen kann, die als solche der Zurechnung entgegenstehen, diese Einsicht entspricht den Grundsätzen der Imputationslehre und der Forderung, dem gehorsamen Untergebenen Deckung zu geben, gleichmäßig. Ebenso steht sie mit den psychologischen Tatsachen im Einklang."

Gerade dieser letzte Satz unterliegt aber erheblichen Zweifeln. Denn § 47 MStGB. entzieht die auf Befehl begangene Uebertretung unbedingt und ohne Rücksicht auf die subjektive Einstellung des Untergebenen der Zurechnung. Insofern steht also die Irrtumstheorie M. E. Mayers mit den psychologischen Tatsachen keineswegs im Einklang. Gerade diese Auffassung Mayers bot Battenberg einen erheblichen Angriffspunkt. Er erblickt darin „einen sehr schwachen Punkt dieser Theorie. Sie zerreißt eine offenbar einheitliche Idee des Gesetzgebers und vermag sie teilweise zu motivieren, teilweise nicht. . . . Speziell ist aber dann zu bemerken, daß die gegnerische Theorie (M. E. Mayers) gerade hier am allerwenigsten haltbar ist." [188])

Man wird Battenberg in diesem Punkte recht geben müssen, denn auch der Versuch Mayers, diese Lücke zu überbrücken,

184) a. a. O. S. 145.
185) M. E. Mayer, Befehl, S. 147.
186) a. a. O. S. 157.
187) a. a. O. S. 145.
188) Battenberg, S. 70.

befriedigt sehr wenig. Mayer selbst sagt zu diesem Punkte: [189]) „Indessen kann der Gehorsam aus rein tatsächlichen Gründen immer nur auf einem Irrtum über die Rechtswidrigkeit oder auf einem Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls beruhen, sodaß auch hier ausnahmslos ein Irrtum schuldausschließend wirkt. Entweder hat der Untergebene den Befehl ausgeführt, weil er ihn für rechtmäßig, oder er hat es getan, weil er ihn trotz erkannter Rechtswidrigkeit für verbindlich gehalten hat." In konsequenter Durchführung dieser Auffassung gelangt M. E. Mayer zu dem Ergebnis, daß derjenige Untergebene, der eine Uebertretung auf Befehl ausführe, strafbar sei, wenn er „unter voller Erkenntnis der Rechtswidrigkeit und Unverbindlichkeit" [190]) des Befehls gehandelt habe. Mit dieser Ansicht gerät M. E. Mayer allerdings in Gegensatz zum Gesetz, denn nach § 47 ist mit Ausnahme der Fälle des Satzes 2, zu denen aber niemals Uebertretungen gehören, „der Vorgesetzte a l l e i n verantwortlich". Wenn M. E. Mayer weiter behauptet, der Untergebene, der den Befehl trotz Erkenntnis der Rechtswidrigkeit und Verbindlichkeit ausführe, handele nicht mehr auf Befehl, sondern habe „ein eigenes Interesse", so kann dem nicht beigepflichtet werden. Man denke nur an das oben — unter III. B. 2. — aufgeführte Beispiel, wo ein Unteroffizier einem Rekruten befiehlt, einen großen Topf mit Wasser auf eine schmale Fensterbank nach der Straßenseite zu stellen. Es wird selten ein Soldat — trotz Kenntnis von der Unverbindlichkeit dieses Befehls — einem solchen Befehl nicht nachkommen. Aber ein „eigenes Interesse" an der Befehlsausführung ist beim besten Willen nicht erkennbar. Der Befehl ist hier wirklich das einzige Motiv seiner Handlung. Und gerade um solcher Bagatellen willen ist doch die Uebertretung nicht in die Ziffer 2 des § 47 mit aufgenommen worden. Dies verkennt allerdings M. E. Mayer vollständig.

b) § 47 als selbständiger Schuldausschließungsgrund.

Nach diesen Ausführungen verbleibt nur noch eine Möglichkeit: § 47 bildet einen selbständigen Schuldausschließungsgrund.

Der Grundsatz des militärischen Vertrauens, das Vertrauen des Untergebenen auf die Rechtmäßigkeit der Befehle seiner Vor-

189) M. E. Mayer, Befehl, S. 160 f.

190) M. E. Mayer, Befehl, S. 161. Später (Allg. Teil S. 340) hat M. E. Mayer diese Ansicht revidiert. Damit muß er aber zugeben, daß in diesem Falle n i c h t der Irrtum den Untergebenen entschuldigt.

gesetzten bildet den Grund für die Unverantwortlichkeit.[191]) Gewiß werden durch dieses Vertrauensprinzip sehr häufig auch Irrtümer des Untergebenen hervorgerufen. Die schuldausschließende Kraft des § 47 geht jedoch, wie M. E. Mayer selbst zugibt, weit über das Gebiet des eigentlichen Irrtums hinaus. Zum Irrtum im strengen Sinne des Wortes gehört eine positiv falsche Vorstellung. Eine solche wird jedoch der Untergebene in den seltensten Fällen haben, vielmehr wird er sich sehr häufig überhaupt keine Vorstellung über die Rechtmäßigkeit seines Tuns machen, sondern eben in blindem Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Befehls gehorchen. Doch selbst wenn man die bloße Unkenntnis dem Irrtum gleichstellt, so werden die Fälle der Unverantwortlichkeit des Untergebenen gemäß § 47 durch diesen Gesichtspunkt keineswegs erschöpft. Auch dann, wenn der Untergebene eine durchaus richtige Vorstellung von dem deliktischen Sachverhalt hat, jedoch mit der Möglichkeit irgendeines Rechtfertigungsgrundes rechnet, so bleibt er auch dann straflos, wenn er nicht die leiseste Vorstellung hat, welcher Art dieser Rechtfertigungsgrund sein könnte. Von einem Irrtum — auch im weitesten Sinne des Wortes — kann hier nicht mehr die Rede sein.

Vielmehr ist es das Vertrauensverhältnis als solches, welches die Verantwortlichkeit des Untergebenen ausschließt.[192]) Der einem Befehl gehorchende Untergebene handelt nach § 47 schuldlos, wenn ihm die Strafbarkeit der Tat nicht bekannt war, oder wenn er lediglich eine Uebertretung auf Befehl begeht.

Aber mehr noch sagt § 47: Das Vertrauen des Untergebenen auf die Rechtmäßigkeit des Befehls des Vorgesetzten wird präsumiert. Es geht dies aus der Fassung des § 47 hervor, der — wie bereits oben unter III. B. 1. hervorgehoben wurde — im Gegensatz zu der Fassung des alten bayrischen Artikels 65 von der grundsätzlichen Unverantwortlichkeit des Untergebenen ausgeht. Nur wenn diesem nachgewiesen wird, daß er nicht im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Befehls gehandelt hat, daß ihm vielmehr bekannt gewesen ist, daß der Befehl des Vorgesetzten

---

191) vergl. auch Romen-Rissom, S. 186.

192) vergl. auch Graf zu Dohna, Verbrechenslehre, S. 41: „Wenn hier nun auch vom Irrtum des Untergebenen die Rede ist, so scheint es mir doch nicht empfehlenswert, die Entschuldigung auf diesen Gesichtspunkt abzuschieben; vielmehr bezeugt es der § 47 MilStGB. mit klaren Worten, daß der Befehl es ist, der den Gehorchenden von aller Verantwortung entlastet: „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich.“ “

eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte, kann er bestraft werden. Die Vermutung des Vertrauens des Untergebenen ist also widerleglich, wenn ein Verbrechen oder Vergehen den Gegenstand seiner Handlung bildete. Eine Widerlegung des Vertrauens bei Uebertretungen sieht § 47 nicht vor. Das Vertrauen wird also im Uebertretungsfalle unwiderleglich präsumiert.

Welche Gründe den Gesetzgeber zu dieser letzteren Bestimmung veranlaßt haben mögen, läßt sich natürlich nicht mit Bestimmtheit sagen. Man bedenke aber, daß Uebertretungen sich ohnehin als die schwächsten Rechtsverletzungen mit der geringsten Strafandrohung darstellen. Gerade die durch Uebertretungsvorschriften geschützten allgemeinen Interessen werden aber am häufigsten hinter militärischen Interessen zurücktreten müssen: Schnelles Reiten und Fahren, Befahren verbotener Wege, Betreten fremder Wiesen, usw. Gerade Befehlen zu dieser Gruppe von Delikten wird folglich der Untergebene das stärkste Vertrauen hinsichtlich des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes entgegenbringen. In den meisten Fällen wird sich der Untergebene auch der Strafbarkeit der Tat überhaupt nicht bewußt werden. Man denke z. B. wieder an das oben — unter III. B. 2. — aufgeführte Beispiel mit dem breiten Wassereimer und der schmalen Fensterbank. Der Rekrut würde wahrscheinlich aus eigenem Antrieb niemals den Eimer auf die Fensterbank gesetzt haben, da er die damit verbundene, wenn auch geringe, Gefahr erkannte; tut er es aber auf Befehl, so wird ihm wahrscheinlich niemals zu Bewußtsein kommen, daß er gegen ein Strafgesetz verstößt. Praktisch bleibt also für das Gebiet bewußter Uebertretungen kaum noch Raum. Sollte es aber trotzdem wirklich einmal vorkommen, daß ein Untergebener in voller Einsicht der Rechtswidrigkeit des Befehls eine Uebertretung begeht, so würde — wollte man ihn überhaupt verantwortlich machen — der ohnehin schon sehr niedrige Strafrahmen infolge des Handelns auf Befehl nochmals herabgesetzt werden müssen,[193]) sodaß für die Strafe kaum noch etwas übrig bliebe. Außerdem würde der Beweis, daß der Untergebene sich der Strafbarkeit der Tat bewußt gewesen wäre, selten zu erbringen sein. Vermutlich wollte der Gesetzgeber die Gerichte mit derartigen Bagatellsachen verschonen. Wahrscheinlich aber hat ihn vor allen Dingen die Erwägung geleitet, daß es für die Disziplin wenig förderlich sein würde, wenn man den Untergebenen wegen solcher Bagatellen,

193) vergl. unten IV. C. 2.

die er auf Befehl ausführte, bestrafen wollte. Der Sinn war sicherlich der, gerade im Interesse der Disziplin eine möglichst geräumige Zone zu schaffen, innerhalb deren der Untergebene gehorchen darf, aber nicht zu gehorchen braucht. Daß dies wirklich im Interesse der Disziplin liegt, sagt M. E. Mayer [194]) mit folgenden Worten: „Im ganzen ergibt sich, daß der Untergebene, wenn ihm in Dienstsachen eine Uebertretung befohlen wird, blind der besseren Einsicht des Vorgesetzten gehorchen darf, ohne Strafe befürchten zu müssen, daß er aber andererseits auch in diesem Falle nicht zu blindem Gehorsam verpflichtet ist. Verweigert er den Gehorsam, weil er die Rechtswidrigkeit des Befehls erkannt hat, so kann er nicht wegen Gehorsamsverweigerung bestraft werden. Freilich ist es für einen Soldaten unklug, sich in dieser Weise zum Hüter der Rechtsordnung aufzuwerfen, denn er trägt die Gefahr, sich nicht geirrt zu haben. Aber es ist für ihn auch unklug, den die Theorie beherrschenden Irrtum zu teilen und jeden Befehl in Dienstsachen, der auf eine Uebertretung gerichtet ist, für verbindlich zu halten. Denn dann entsteht die Gefahr, die in der Verwechslung von Uebertretungen und Disziplinarverfehlungen liegt. Und so ist es letzten Endes auch für den Soldaten am geratensten, nicht schlau, sondern brav sein zu wollen."

Fassen wir die gewonnenen Erkenntnisse noch einmal kurz zusammen:

1. Das Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Befehls seines Vorgesetzten entschuldigt die rechtswidrige Ausführungshandlung des Untergebenen.
2. Das Vertrauen des Untergebenen wird gesetzlich präsumiert, und zwar widerleglich bei Verbrechen und Vergehen, unwiderleglich bei Uebertretungen.

C. Die Strafbarkeit des Untergebenen.

1. Voraussetzungen der Strafbarkeit.

Der Schuldausschließungsgrund des § 47 greift nicht Platz, wenn dem Untergebenen „bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder

194) M. E. Mayer, Befehl, S. 162. Er stellt sich jedoch hiermit in Gegensatz zu seiner eigenen Lehre, die auch bewußte Uebertretungen (S. 161) bestraft.

militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte". Diese allerdings recht unglückliche Ausdrucksweise des Gesetzes hat leider vielfach zu einer unhaltbaren Auslegung Anlaß gegeben.

So wird von den meisten Autoren, die sich jemals mit dieser Frage befaßt haben, das Wort „bezweckte" auf den Befehl des Vorgesetzten bezogen. Man folgert daraus zum mindesten, daß der Vorsatz des Vorgesetzten auf die Herbeiführung eines deliktischen Erfolges gerichtet sein müsse. Die meisten verlangen sogar eine auf diesen Erfolg hinzielende „Absicht".

So folgert Keil,[195]) „daß das Anwendungsgebiet des § 47 Ziffer 2 auf vorsätzliche Verbrechen oder Vergehen beschränkt ist. Fahrlässige Handlungen bezwecken aber nie einen Rechtsbruch. . . . Es ist nicht denkbar, daß dem Untergebenen eine Zwecksetzung bekannt ist, die überhaupt nicht vorgenommen ist. . . . Hieraus ergibt sich aber weiter, daß überall da eine Mitbestrafung des Untergebenen auf Grund der Ziffer 2 des § 47 MStGB. ausgeschlossen ist, wo der Vorgesetzte über einen Tatumstand im Sinne des § 59 RStGB. geirrt hat und nur wegen fahrlässigen Handelns zur Verantwortung gezogen werden kann."

Auch das Reichsmilitärgericht stand in älteren Entscheidungen auf diesem Standpunkt: „Zur Anwendung des § 47 MStGB. genügt nicht, daß durch die Ausführung des Befehls objektiv ein Strafgesetz verletzt ist, sondern es müssen auf Seiten des befehlenden Vorgesetzten auch die für die Annahme einer strafbaren Handlung erforderlichen subjektiven Voraussetzungen vorliegen." [196])

Nach Fuhse [197]) genügt Vorsatz nicht. „Erforderlich ist vielmehr auf Seiten des Vorgesetzten die Absicht, durch das Mittel der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens einen rechtswidrigen Zweck zu erreichen, und auf Seiten des Untergebenen die Gewißheit, daß der Vorgesetzte diese Absicht hegt."

Auch nach neueren Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts [198]) soll „nicht der für die Begehung eines jeden vorsätzlichen Delikts erforderliche allgemeine strafrechtliche Vorsatz des Vorgesetzten und dessen Kenntnis auf Seiten des Untergebenen genügen, vielmehr eine gewisse Absicht hinzukommen müssen, durch das Mittel der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens einen rechtswidrigen Zweck zu erreichen."

---

195) Keil, S. 30.
196) RMG. 5/33.
197) Fuhse, S. 38.
198) RMG. 13/180; vergl. auch RMG. 19/190 und RG. 59/404.

Auch Rissom vertritt diesen Standpunkt:[199]) „Wenn vom Zweck der befohlenen Handlung gesprochen wird, so kann es sich nur um einen Zweck des Vorgesetzten handeln. Der Vorgesetzte muß also durch die Handlung ein Verbrechen oder Vergehen bezweckt haben. Darin liegt ausgedrückt, daß jedenfalls nur Vorsatzvergehen in Frage kommen und daß darüber hinausgehend der allgemein strafbare Vorsatz nicht genügt, sondern daß es dem Vorgesetzten darauf ankam, durch die auf Befehl begangene Handlung gerade den vom Strafgesetz bedrohten Tatbestand der strafbaren Handlung als solchen, abgesehen von dienstlichen Interessen, zu verwirklichen." Nach seiner Ansicht folgt aus § 47 Ziffer 2,[200]) „daß nicht der jeder Befehlserteilung eigene Zweck der Ausführung des Befohlenen gemeint ist, sondern daß damit auf eine verbrecherische Willensrichtung des Vorgesetzten, auf die Verwendung des Befehls zur Erreichung eines bewußt rechtswidrigen Zwecks, hingewiesen werden sollte. Der Untergebene soll also der besseren Einsicht des Vorgesetzten vertrauen, bis ihm klar wird, daß beim Vorgesetzten böser Wille vorliegt, d. h. daß der Vorgesetzte die befohlene Handlung im Bewußtsein der Strafbarkeit verlangt." [201])

Nach dieser Ansicht darf also jedem auf ein Verbrechen gerichteten Befehl ohne weiteres Folge geleistet werden, wenn nur der Untergebene nicht die klare Gewißheit hat, daß der Vorgesetzte den Befehl in verbrecherischer „Absicht" erteilte.

Um das Unhaltbare dieser Auslegung an einem praktischen Fall deutlich vor Augen zu führen, sei folgendes Beispiel angeführt: Einem Zuge Soldaten, der zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eingesetzt ist, wird von Zivilisten Widerstand entgegengesetzt. Nach § 1 Ziffer 1 der „Verordnung über den Waffengebrauch der Wehrmacht" vom 17. Januar 1936 steht den beteiligten Soldaten das Recht zum Waffengebrauch zu. Der Führer dieses Zuges erblickt plötzlich einen harmlosen Spaziergänger, der zufällig des Weges kommt, und hält ihn irrtümlicherweise für den Rädelsführer. Er gibt einem bestimmten Untergebenen den Befehl, den Mann sofort unschädlich zu machen. Dieser aber hat genau erkannt, daß es sich um einen zufällig des Weges kommenden harmlosen Spaziergänger handelt.

---

199) Rissom, S. 227 f.

200) a. a. O. S. 237 f.

201) ähnlich auch v. Ammon, S. 60, Romen-Rissom, S. 186 und Battenberg, S. 80.

Er hält es aber nicht für nötig, den Zugführer auf seinen Irrtum aufmerksam zu machen, sondern schießt auf den Mann.

Nach der herrschenden Lehre müßte der Untergebene konsequenterweise unbedingt straffrei ausgehen. Denn hier hatte der Vorgesetzte keineswegs eine deliktische Absicht und der Untergebene nicht die Gewißheit, daß eine solche vorliege; im Gegenteil, er hatte den Irrtum des Vorgesetzten klar erkannt. Daß dieses Ergebnis dem gesunden Volksempfinden wenig entspricht, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung. Aber es entspricht auch keineswegs dem Willen des Gesetzgebers, wie er im § 47 MStGB. zum Ausdruck kommt.

Bei der soeben gerügten Auffassung bliebe für die Anwendung der Ziffer 2 des § 47 kaum noch Raum. Entweder hat der Vorgesetzte den Untergebenen in seine verbrecherischen Pläne eingeweiht, dann liegt kein Handeln auf Befehl mehr vor, sondern Verabredung (Mittäterschaft). Solange es sich aber um ein ausgesprochenes Handeln auf Befehl handelt, kann der Untergebene niemals in die Seele des Vorgesetzten schauen, um vollkommene Gewißheit von seiner verbrecherischen Absicht zu erlangen. Dem auf Befehl begangenen Verbrechen wäre freier Lauf gelassen. Angesichts der eminenten Wichtigkeit aber, die der Gesetzgeber zweifellos der Bestimmung des § 47 Ziffer 2 beigemessen hat, muß schon aus diesem Grunde die Auffassung der herrschenden Lehre abgelehnt werden.

Aber auch der Wortlaut des § 47 Ziffer 2 steht der herrschenden Lehre entgegen: „. . . wenn ihm bekannt gewesen ist, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte." Das Wort „bezweckte" läßt sich grammatisch niemals auf den Befehl des Vorgesetzten beziehen, sondern es ist ganz klar und eindeutig auf die Handlung des Untergebenen bezogen. Der Untergebene ist demnach bereits dann strafbar, wenn seine eigene Handlung „ein Verbrechen oder Vergehen bezweckt". Diese Ausdrucksweise ist nun allerdings, wie auch die Vertreter der herrschenden Lehre anerkennen, eine sehr unglückliche. Denn eine Handlung als solche kann — streng genommen — niemals etwas „bezwecken", sie kann nur etwas zum Gegenstande haben. Diese unglückliche Fassung würde daher zu einer vernünftigen Auslegung der Ausdrucksweise berechtigen, niemals aber zu einer Aenderung des Sinnes der Gesetzesbestimmung. Die Vertreter der herrschenden Lehre ändern aber den Sinn des Gesetzes beträchtlich, wenn sie den Ausdruck „be-

zweckte" auf den Befehl des Vorgesetzten anstatt auf die Ausführungshandlung beziehen, auf die es der Gesetzgeber nun einmal bezogen hat. Zu welchem Ergebnis eine solche Auslegung führt, zeigt das oben angeführte Beispiel. Es bleibt also nur die Möglichkeit, dem Ausdruck „bezweckt" einen vernünftigen Sinn beizulegen. Was die Bestimmung des § 47 Ziffer 2 besagen will, wird jedem klar, der sie vorurteilsfrei betrachtet: Der Untergebene ist verantwortlich, wenn ihm bekannt gewesen ist, daß durch seine Handlung ein Strafgesetz verletzt wurde, und wenn sich diese Handlung als Verbrechen oder Vergehen im Sinne des § 1 StGB. darstellt. Und zwar ist er selbst dann verantwortlich, wenn der Vorgesetzte über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes irrt, der Untergebene diesen Irrtum aber durchschaut.[202])

2. Das Strafmaß.

§ 47 Satz 2 sagt weiter, daß in den Fällen der Verantwortlichkeit den gehorchenden Untergebenen „die Strafe des Teilnehmers" trifft. Auch dieser Satz hat die verschiedensten Auslegungen erfahren.

Ein Teil der Literatur und Judikatur übergeht ihn überhaupt vollkommen. So sagt RMG. 1/61: „In den Fällen des § 47 MStGB. trifft den gehorchenden Untergebenen, dem bekannt gewesen, daß der Befehl die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens bezweckte, falls er die gesamten Tatbestandsmerkmale der betreffenden Straftat, in subjektiver wie objektiver Beziehung, erfüllt, stets die Strafe des Täters, auch wenn er lediglich in Ausführung des Befehls gehandelt hat." [203]) Diese Ansicht verstößt

---

202) Richtig in diesem Sinne auch Elsner v. Gronow-Sohl, S. 54: „Die Verletzung kann auch eine fahrlässige sein."
M. E. Mayer, Militärstrafrecht, Bd. I, S. 118: „Die Ausführung des Befehls muß ein militärisches oder gemeines Verbrechen oder Vergehen sein, und der Untergebene muß bei der Ausführung der Handlung das Bewußtsein der Strafbarkeit gehabt haben."
van Calker, Verantwortlichkeit, S. 122: „Es handelt sich hier vielmehr darum, daß der Untergebene strafbar wird, wenn ihm das Vorhandensein von Merkmalen in der befohlenen Handlung bekannt ist, in denen das Strafgesetzbuch irgendein Verbrechen oder Vergehen ausgeprägt findet."
Der gleichen Ansicht Girginoff, S. 94.
Im Ergebnis übereinstimmend auch Bauer, S. 899.
Eine Begründung findet sich jedoch nirgends.

203) Der gleichen Ansicht auch Schlayer, S. 28 und Herz-Ernst, S. 100: „Der Untergebene ist als Täter zu bestrafen."

aber unmittelbar gegen den Sinn des Gesetzes: „Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers . . ." Zwar ist im Gesetz auch die Mittäterschaft in dem Abschnitt über die Teilnahme geregelt. Aber das Gesetz selbst scheidet doch auch zwischen Tätern und Teilnehmern (i. e. S.). Wenn daher § 47 MStGB. hervorhebt, daß den Untergebenen „die Strafe des Teilnehmers" treffen soll, so können diese Worte, wenn sie nicht völlig sinnlos sein sollen, nur im Gegensatz zur „Strafe des Täters" verstanden werden.

Eberhard Schmidt [204]) entnimmt diesem Satze folgendes: Der Vorgesetzte „ist Täter; denn die Straftat, die er mit seinem Befehle bezweckte und durch den Einsatz seiner Autorität ja auch herbeiführte, ist seine Tat. So hat das MilStGB. einen völlig richtigen Gesichtspunkt getroffen, wenn es den Untergebenen als ‚Teilnehmer' bezeichnet. Ich vermag das aber nur so zu deuten, daß das Gesetz hier die ‚Teilnahme' im vollen Gegensatz zur Täterschaft sieht und demgemäß, da ja eine Anstiftung seitens des Untergebenen nicht in Frage kommt, die Gehilfenschaft im Sinne des § 49 RStGB. meint. Die Berechtigung für diese Auffassung sehe ich darin, daß infolge des autoritativen Einflusses des Vorgesetzten der den Befehl ausführende Untergebene in eine Nebenrolle als (strafrechtlich freilich ebenfalls verantwortliches) ‚Werkzeug' (bildlich gesprochen) versetzt wird; die Tat ist nicht die ‚seine', sondern eine für ihn ‚fremde', nämlich die des Vorgesetzten. Wäre es anders, so ließe sich nicht einsehen, warum unter der durchaus sinnvollen Ueberschrift ‚Teilnahme' eine Regelung des Zusammenwirkens von Vorgesetzten und Untergebenen unternommen wird."

Diese Auffassung von der Täterqualität des Vorgesetzten stellt allerdings ein strafrechtliches Novum dar. Daß sie mit der objektiven Theorie [205]) nicht vereinbar ist, bedarf keiner weiteren Erörterung, aber auch mit der subjektiven Theorie des Reichsgerichtes und Reichsmilitärgerichtes läßt sie sich schwer vereinbaren. Denn diese verlangt für den Täter außer dem animus auctoris — wenn auch keine direkte Verwirklichung von Tatbestandsmerkmalen — doch immer noch irgendeinen positiven Beitrag zur Tat. So verlangt das Reichsmilitärgericht,[206]) „daß er (der Täter) sich an der Ausführung der Tat in irgendeiner Weise

204) Eberhard Schmidt, Militärstrafrecht, S. 42.

205) vergl. Frank, S. 104, v. Liszt-Schmidt, S. 322 ff., Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 397, u. a.

206) RMG. 10/86.

tätig beteiligt hat".[207]) Hat der Vorgesetzte aber lediglich den Befehl zur Ausführung erteilt, hingegen in keiner Weise tätig mitgewirkt, so kann er selbst nach der subjektiven Theorie niemals Täter sein. Im Gegenteil, es liegt hier ein typischer Fall der Anstiftung im Sinne des § 48 StGB. vor: „Durch Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt."

Umgekehrt ist derjenige, der die gesamten objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale verwirklicht hat, also der Untergebene im Falle des § 47 Ziffer 2 MStGB., selbst nach der subjektiven Theorie stets Täter.[208]) Insofern ist die oben zitierte Auffassung des RMG. 1/61 durchaus zutreffend (jedoch nicht hinsichtlich des Strafmaßes).[209])

Aber auch von einer mittelbaren Täterschaft des Vorgesetzten und einem Handeln des Untergebenen als „doloses Werkzeug" kann im § 47 Satz 2 nicht die Rede sein. Wenn man schon den Begriff des „dolosen Werkzeugs" anerkennt,[210]) so läßt sich dieser sicher nicht auf denjenigen anwenden, der s ä m t l i c h e objektiven und subjektiven Verbrechensmerkmale verwirklicht. Dies tut aber der Untergebene im Falle des § 47 Satz 2. Er ist daher in Wirklichkeit Täter und nicht „Werkzeug".

Den Ausführungen Eberhard Schmidts kann also selbst vom Standpunkt der subjektiven Theorie aus[211]) nicht beigepflichtet werden.

Vielmehr wird man v. Koppmann-Weigel[212]) recht geben müssen, nach deren Ansicht § 47 Satz 2 lediglich eine „Rechtsfiktion" schafft. „Es soll den Untergebenen n u r die S t r a f e des Teilnehmers treffen, wenn er nach den allgemeinen Rechtsbegriffen tatsächlich, namentlich zunächst im Falle der Ziffer 2, der eigentliche und einzige Täter ist; denn es kommt der Vorgesetzte in Fällen dieser Art nicht als Täter, sondern als Anstifter zu der auf seinen Befehl vom Untergebenen mit Bewußtsein des rechtswidrigen Zweckes begangenen strafbaren Handlung in Betracht, schon deshalb, weil hier der Untergebene nicht mehr

207) Im gleichen Sinne auch RG. 53/138, hier wird „tätige Unterstützung" verlangt. Desgl. RG. 58/279; 59/79; RMG. 17/92; 22/154.

208) Mit Recht weist Merkel, S. 145 darauf hin, daß jede Tat grundsätzlich insoweit auch als eigene gewollt wird, als sie objektiv eigene wirklich ist.

209) Vergl. auch RMG. 8/100 und Romen-Rissom, S. 180.

210) Näheres hierüber bei Frank, S. 108.

211) Auf eine Stellungnahme zur subjektiven Theorie kann daher verzichtet werden.

212) v. Koppmann-Weigel, S. 170.

das willenlose Werkzeug in der Hand des Vorgesetzten, dieser daher auch nicht mehr allein verantwortlich für seinen Befehl erscheint und mithin die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze über intellektuelle Urheberschaft wieder eintreten."

v. Koppmann-Weigel haben hier richtig erkannt, daß nicht der allgemeine Täter- und Teilnehmerbegriff abgeändert werden soll, — sonst wäre § 115: „Der Vorgesetzte wird als Anstifter oder Täter [213]) bestraft", unsinnig — sondern daß lediglich das Strafmaß für den Untergebenen herabgesetzt werden soll: Es soll den Untergebenen „nur" die Strafe des Teilnehmers treffen.

In diesem Sinne — freilich ohne zu erkennen, daß eine solche Bestimmung im § 47 enthalten ist, — weist van Calker darauf hin,[214]) daß durch den Befehl „ein wirksames Motiv zugunsten der dem Befehl entsprechenden Tätigkeit gesetzt wird", und daß der Befehl dieserhalb „als Strafmilderungsgrund zu berücksichtigen" sei. Weiter besagen aber auch die Worte des § 47 nichts: „Es trifft jedoch den Untergebenen die Strafe des Teilnehmers . . . ."

Die Strafe des Untergebenen soll also nach Teilnahmegrundsätzen ermäßigt werden. Freilich ist es völlig unsinnig, wenn nach der Ansicht v. Koppmanns [215]) „den Untergebenen nur die Strafe des Mittäters treffen" soll. Denn nach § 47 RStGB. trifft den Mittäter die gleiche Strafe wie den Täter. Wie bereits oben (S. 79) hervorgehoben wurde, haben die Worte „Strafe des Teilnehmers" überhaupt nur dann einen vernünftigen Sinn, wenn man sie im Gegensatz zu „Strafe des Täters" versteht. Es kann also nur eine Teilnahme im engeren Sinne, und — da Anstiftung seitens des Untergebenen völlig außer Betracht kommt — nur Beihilfe gemeint sein. Insofern ist Eberhard Schmidt recht zu geben: Der Vorgesetzte soll schärfer getroffen werden als der Untergebene, der lediglich „in eine Nebenrolle versetzt wird". Während das Strafmaß des Vorgesetzten — gleichgültig, ob er Anstifter oder (mittelbarer) Täter ist — gemäß § 115 in Verbindung mit § 53 MStGB. erhöht wird, wird das des Untergebenen nach den Grundsätzen über die Bestrafung der Beihilfe ermäßigt. An der tatsächlichen Rechtsnatur der Teilnahmeform wird hingegen durch diese Bestimmung nichts geändert.

Praktisch führt diese Auffassung allerdings zu den gleichen

---

213) Die Bestrafung als Täter ist gerade nur für den Fall vorgesehen, daß der Untergebene schuldlos handelt.

214) van Calker, Verantwortlichkeit, S. 27.

215) v. Koppmann-Weigel, S. 170.

Ergebnissen wie die Lehre Eberhard Schmidts. Denn den Vorgesetzten trifft gemäß § 115 MStGB. auch als Anstifter die gleiche erhöhte Strafe wie als Täter, während den Untergebenen stets die verminderte Strafe eines Gehilfen trifft, gleichgültig, ob er in Wirklichkeit Täter ist. Die Ansicht allerdings, nach welcher der Untergebene unter Umständen mit Täterstrafe [216]) zu belegen oder als Mittäter zu bestrafen [217]) ist, verstößt gegen den Sinn des Gesetzes. Auch im Falle der Verantwortlichkeit des Untergebenen wirkt also der rechtswidrige Befehl stets als Strafmilderungsgrund. Die Strafe ist nach Beihilfe-[=Versuchs-[218])]Grundsätzen zu ermäßigen.

---

216) RMG. 1/61; Herz-Ernst, S. 100; Schlayer, S. 28.
217) v. Koppmann-Weigel, S. 170.
218) § 49 Abs. 2 StGB.

V. ZUSAMMENFASSUNG DER GEWONNENEN ERKENNTNISSE.

1. Jeder verbindliche Befehl des Vorgesetzten schließt die Rechtswidrigkeit der Ausführungshandlung des Untergebenen aus.

2. Jeder rechtmäßige militärische Befehl ist zugleich verbindlich.

3. Ein Befehl ist immer dann rechtswidrig, wenn er außer jeder Beziehung zum militärischen Dienste steht oder wenn er auf eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Handlung gerichtet ist.

Ersteres folgt aus § 114 MStGB., letzteres aus der Strafbarkeit des Vorgesetzten gemäß § 47 Satz 1.

4. Auch auf tatbestandsmäßige Handlungen gerichtete Befehle sind dann rechtmäßig, wenn sich die Handlung als „angemessenes" Mittel zur Erreichung militärischer Zwecke erweist.

5. Ein auf eine strafbare Handlung gerichteter Befehl ist niemals verbindlich. Denn, wäre der Befehl verbindlich, so müßte notwendigerweise die Ausführungshandlung rechtmäßig sein. Da der Gesetzgeber aber den Vorgesetzten für die Handlung des Untergebenen zur Verantwortung zieht, erklärt er selbst diese für rechtswidrig, denn eine Verantwortlichkeit für rechtmäßige Handlungen kennt unsere Rechtsordnung nicht.

6. Nach altem militärischen Gewohnheitsrecht ist der Soldat zu einer Prüfung oder Kritik der Befehle seiner Vorgesetzten nicht berechtigt. Ein auf einer solchen Prüfung beruhender Irrtum ist folglich stets durch Fahrlässigkeit verschuldet und daher nicht geeignet, den Untergebenen der Bestrafung wegen fahrlässigen Ungehorsams zu entziehen.

7. Das Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Befehls eines Vorgesetzten entschuldigt die rechtswidrige Ausführungshandlung des Untergebenen. Das Vertrauen des Untergebenen wird in § 47 MStGB. gesetzlich präsumiert, und zwar

unwiderleglich bei Uebertretungen,
widerleglich bei Verbrechen und Vergehen.

8. Zur Widerlegung der Vertrauensvermutung gemäß Ziffer 7 genügt der Nachweis, daß dem Untergebenen die objektive Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit der Ausführungshandlung bekannt war — ohne Rücksicht auf die subjektive Einstellung des befehlenden Vorgesetzten.

9. Auch im Falle der Verantwortlichkeit des Untergebenen wirkt der Befehl als Strafmilderungsgrund. Die Strafe des Untergebenen ist nach Beihilfe-(=Versuchs-)Grundsätzen zu ermäßigen.

VI. VORSCHLAG FÜR EINE SPÄTERE FASSUNG DER §§ 47, 92 UND 115 MStGB.

Die Unzulänglichkeit der Fassung der genannten Gesetzesbestimmungen wurde im Verlaufe dieser Arbeit verschiedentlich gerügt. Um in einer späteren Fassung die gewonnenen Erkenntnisse deutlicher zum Ausdruck zu bringen, wird folgender Vorschlag unterbreitet:

Da § 47 keine eigentliche Teilnahmebestimmung enthält, sondern vielmehr die Schuldfrage regelt, erscheint es angebracht, den IV. Abschnitt unter der Ueberschrift „Teilnahme" ganz ausfallen zu lassen, und den § 47 in den V. Abschnitt: „Gründe, welche die Strafe ausschließen, mildern oder erhöhen", mit einzubeziehen.

Für die genannten Bestimmungen selbst wird folgende Fassung vorgeschlagen:

§ 47.

Eine Handlung ist nicht rechtswidrig, wenn sie als angemessenes Mittel zur Erreichung notwendiger militärischer Zwecke erscheint.

§ 47a.

Wird durch die Ausführung eines Befehls in einer dienstlichen Angelegenheit ein Strafgesetz verletzt, so wird vermutet, daß der Untergebene im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Befehls gehandelt hat. Er bleibt insoweit unverantwortlich.

Den Untergebenen trifft jedoch eine nach Versuchsgrundsätzen zu ermäßigende Strafe, wenn ein Verbrechen oder Vergehen den Gegenstand seiner Handlung bildete und wenn ihm die Strafbarkeit der Tat bekannt war.

§ 92.

Absatz 1 und 2 bleiben unverändert.

Absatz 3: Ein auf eine strafbare Handlung gerichteter Befehl ist jedoch unverbindlich.

Absatz 4: Eine Prüfung des Befehls seitens des Untergebenen ist unzulässig. Der auf einer solchen Prüfung beruhende Irrtum schließt eine Bestrafung gemäß Absatz 2 nicht aus.

§ 115.

Jeder Vorgesetzte ist für die auf seinen Befehl begangenen strafbaren Handlungen verantwortlich.

Er wird mit erhöhter Strafe belegt, wenn er den Untergebenen zu einer von diesem begangenen, mit Strafe bedrohten Handlung vorsätzlich bestimmt hat.

Lebenslauf.

Ich, Werner Hagen, wurde am 26. Mai 1912 als Sohn des Großkaufmanns Ernst Hagen und seiner Ehefrau Adele geb. von Berckefeldt in Unna geboren. Von Ostern 1918 bis Ostern 1922 besuchte ich die evangelische Knabenschule zu Unna und anschließend das Reform-Realgymnasium daselbst. Am 3. März 1931 bestand ich dort die Reifeprüfung. Von Ostern 1931 bis Ostern 1935 studierte ich Jura in Bonn (Ostern 1931 bis Ostern 1933), Heidelberg (Sommersemester 1933), Münster (Wintersemester 1933) und Kiel (Ostern 1934 bis Ostern 1935). In Heidelberg trat ich im April 1933 der NSDAP. und der SA. bei. Am 15. Juni 1935 bestand ich in Kiel die erste juristische Staatsprüfung. Vom 1. Oktober 1935 bis 31. Mai 1936 war ich als Referendar am Amtsgericht Euskirchen und seit dem 1. Juni 1936 am Landgericht Dortmund tätig. Am 28. September 1936 bestand ich in Bonn die mündliche Doktorprüfung mit dem Prädikat „gut". Die Anregung und erste Anleitung zu der vorliegenden Arbeit verdanke ich Herrn Professor Dr. von Hentig. Nach seinem Ausscheiden aus dem Dienste hat mich Herr Professor Dr. Graf zu Dohna liebenswürdigerweise als Doktorand übernommen und mir bei der Ausführung der Arbeit mit Rat und Tat zur Seite gestanden.